

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCAS CARLI CAVASSIN

**STARE DECISIS INTERAMERICANO: DIÁLOGOS ENTRE CORTES PARA O
FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS HUMANOS NO
BRASIL**

CURITIBA

2017

LUCAS CARLI CAVASSIN

**STARE DECISIS INTERAMERICANO: DIÁLOGOS ENTRE CORTES PARA O
FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS HUMANOS NO
BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso
de Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Melina Girardi Fachin.

CURITIBA

2017

AGRADECIMENTOS

Posso afirmar, sem maiores dúvidas, que toda a minha caminhada no curso de direito, que teve em início em 2012, é permeada pelo sentimento de gratidão. Não foi sem dedicação e esforço da minha parte, mas nada do que aprendi e produzi seria possível sem o suporte, a solidariedade e a inteligência daqueles que me cercam.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais e a minha irmã, que são minha fonte de inspiração e do amor mais genuíno que possuo. Ainda que nossas rotinas não sejam marcadas por demonstrações de afeto mútuas em todos os momentos, percebo que temos uns aos outros todos os dias e isso nos fortalece de maneira significativa.

A minha mãe, Ediane, por ser meu porto seguro, por possuir a alma mais bondosa que conheço, por me ensinar o significado de perdão, de amor ao próximo e de alteridade. Ao meu pai, Éber, por ser meu exemplo de inteligência e pelos diálogos acalorados e marcados por pontos de vista diferentes que só contribuem para o meu crescimento. A minha irmã, Letícia, por tudo que fez e faz por mim e também pela demonstração de amor incondicional. Em que pese nenhum faça parte do mundo do direito de forma direta, é por vocês que eu escrevo.

Em segundo lugar, minha gratidão se volta a minha orientadora, Melina Girardi Fachin, a quem meu olhar é repleto de profunda admiração. Admiração que vem desde o meu primeiro ano de faculdade, pela profissional e pela mulher que é, pela paciência, resiliência, dedicação e orientação. Na ocasião recente em que foi homenageada, tive a oportunidade de lembrar o quão difícil é falar de direitos humanos numa sociedade repleta de preconceitos, tarefa árdua que é por ela realizada e incentivada todos os dias.

Aos amigos, que são tantos, meu carinho não poderia ser maior. Entre eles, primeiramente, permito-me tecer algumas palavras sobre o Bruno Ricardo. Ele, certamente, foi meu maior amigo nos últimos dois anos, desde que surgiu na minha vida despretensiosamente, e a ele devo inúmeras lições que me tornam uma pessoa melhor todos os dias. Foi com essa convivência que aprendi, na prática, que a individualidade de cada um só se constrói mutuamente e a partir do outro.

Ao NESIDH e todos os seus integrantes, pelas conversas e pela oportunidade de aprender com cada membro desse grupo, que é de tudo um pouco

(pesquisa, extensão, competição, *advocacy*, e por aí vai...). Em especial a Giulia Bolzani, Alessandra Lemos, Ananda Puchta, Débora Dossiatti e Ana Luciani. Dentro do NESIDH, ainda, a nossa viagem a Brasília aproximou algumas relações, momento em que criamos oficialmente o subgrupo “Nesidhianos Risca Faca”. Aqui, meu agradecimento é bastante único a Fernanda Rubert, Victor Veiga, Francisco Foltran, Giovanny Padovam, Susan Sakano e Lucas Chermont.

Não poderia deixar de mencionar forte gratidão à Gabriela Kszan e à Bruna Nowak, pela proximidade que adquirimos neste ano de 2017, em razão do Moot, uma das experiências que mais marcou minha vida acadêmica. À Gabi, por ser a melhor parceira com quem poderia contar, por ser a melhor oradora que já conheci, por ser tão doce e especial com todos aqueles que a rodeiam. À Bru, por ser a melhor *coach* que eu poderia ter, por me ensinar tanto, pelos diálogos acadêmicos (e aqui a noção de diálogos se enaltece, já que, de fato, há horizontalidade, reciprocidade e, por mais que haja possibilidade de dissenso, normalmente há consenso). Agradeço também, pela revisão gentil e cuidadosa deste trabalho.

Entre os Nesidhianos, não me esqueci, é claro, da Ana Carolina Ribas. Isso porque nossa amizade vem desde muito antes da criação do NESIDH, quando nos conhecemos no primeiro ano de faculdade, ainda calouros. Foi ela a minha maior companheira de artigos e produções durante os anos de faculdade, prova que nossas ideias caminham no mesmo sentido, assim como a democracia e os direitos humanos. Muito obrigado por essas construções em conjunto, sem as quais eu, seguramente, não teria conseguido produzir esta monografia da forma como hoje está posta.

Algumas interlocuções e a troca de materiais merecem um destaque especial, já que muito contribuíram para que eu pudesse escrever, principalmente quando diziam respeito a temáticas com as quais eu não estive habituado durante a graduação. Assim dedico, também, essa monografia ao Guilherme Santander e à Raphaela Lorite, por serem precisos todas as vezes que pedi alguma orientação ou contribuição.

A faculdade é marcada por idas e vindas. No meu caso, essa premissa se justifica, mormente, pelo intercâmbio que fiz após findo o meu segundo ano, e pela troca de turmas que precisei encarar. Não foi tão difícil assim como imaginei e é em razão disso que hoje tenho ainda mais amigos e amigas a agradecer. Da turma que ficou, mas da amizade que continuou, agradeço a Jonatha Pandolfo, Fernanda

Gonsalves, Camilla Ziller, Leonardo Nichel e Bárbara Ferraz. Da turma que veio, agradeço a Bruna Martins, Camilla Bonasoli, Cláudia Tavarnaro, Isadora Santinho, Caroline Suardi, Débora Lange, Jéssica Gonzalez, Camile Heyn, pelos trabalhos, mas também pelas risadas, cafés e RU's; e também ao Gabriel Mello, pela parceria da nossa primeira experiência de estágio e pela torcida pelo sucesso recíproco que surgiu desde então.

Aos meus amigos e amigas do CEFET (ainda resisto em chamá-lo de UTFPR), pela amizade de tantos anos, que continua em pleno vigor, e pela paciência, haja vista minha ausência em tantos encontros importantes, que, muitas vezes, ficaram de lado para dar vez a minha vida acadêmica.

Aos meus alunos e alunas do FISK, por concretizarem um dos meus maiores sonhos, mesmo eu sendo tão jovem, que é o de lecionar e poder compartilhar um pouco do conhecimento com o outro. Ainda, por me ensinarem como é estar do outro lado e por me permitirem entender que professor aprende muito mais do que ensina.

Uma lembrança também àqueles que, com muita tolerância, compartilharam inúmeros ensinamentos comigo na minha primeira experiência de estágio, na Justiça Federal do Paraná. Obrigado a Ana Solange, Fabiely Prado, André Uetanabaro, José Silvio, Mariana Paris, Lugan Thierry e Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior.

Por fim, a toda equipe do CAOPJDH, do Ministério Público do Estado do Paraná, por me mostrarem que o mantra dos direitos humanos não é só teoria, mas sim prática diária, árdua, resistente e constante, com menções especiais àqueles com quem convivo todos os dias trocando bonitas experiências: Camila Mafioletti, Gustavo Krelling, Keity Cruz, Ana Carolina Brolo, Dra. Ana Paula Pina Gaio, Dra. Mariana Seifert Bazzo e Dr. Olympio Sotto Maior Neto.

Reitero: dedico esse trabalho a todos vocês, por tanto contribuírem com meu crescimento pessoal e profissional, por serem exatamente como são, por me permitirem compreender o significado de conhecimento arquitetado em, por e para um coletivo e por exprimirem, de maneira tão incrível, que nada tem sentido se construído sozinho.

“Os fantasmas de todas as revoluções estranguladas ou traídas, ao longo da torturada história latino-americana, emergem nas novas experiências, assim como os tempos presentes, pressentidos e engendrados pelas contradições do passado. A história é um profeta com o olhar voltado para trás: pelo que foi e contra o que foi, anuncia o que será.”

(As Veias Abertas da América Latina – Eduardo Galeano)

RESUMO

Partindo do paradigma do *Human rights based approach*, da quebra de fronteiras entre esferas nacionais e internacionais e tendo por premissa o Sistema Interamericano de Direitos Humanos como importante instigador democrático na região latino-americana, o presente estudo tem por objetivo principal compreender o fenômeno dos diálogos entre cortes. Para tanto, após um panorama geral dos diálogos, investiga-se os obstáculos voltados à interlocução entre o Sistema Interamericano e o ordenamento jurídico brasileiro, com destaque especial ao sistema de precedentes como um importante catalisador dos diálogos. A partir dos elementos da integridade e coerência, o *stare decisis* interamericano representa um instrumento significativo na busca de um *ius commune* latino-americano que impacte sobremaneira na proteção dos direitos humanos a nível regional. A fim de melhor compreender e justificar os referidos institutos, portanto, aborda-se a questão da democracia substantiva, da concepção contemporânea dos direitos humanos, da abertura de jurisdições que dá luz às possibilidades de diálogos, bem como dos desafios encontrados para efetivação dessas interlocuções, para, na sequência, enfrentar o tema dos precedentes, tanto no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto no contexto brasileiro. A realidade hodierna impõe o tratamento com igual respeito e consideração a todos, considerando, inclusive, o fato de que ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais apontam no mesmo sentido.

Palavras-chave: Diálogos entre cortes. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Democracia. Direitos Humanos. Stare decisis.

ABSTRACT

Based on the paradigm of the *Human rights based approach*, of the border-breaking between national and international spheres, and having as a premise the Inter-American Human Rights System as an important democratic instigator in the Latin American region, the main objective of this study is to understand the phenomenon of dialogues between courts. Therefore, after an overview of the dialogues, the obstacles to the dialogue between the Inter-American System and the Brazilian legal system are investigated, with particular emphasis on the precedent system as an important catalyst for the dialogues. Based on the elements of integrity and coherence, the Inter-American *stare decisis* represents a significant instrument towards a Latin American *ius commune* that has an impact on the protection of human rights at a regional level. In order to better understand and justify these institutes, hence, it is addressed the issue of substantive democracy, the contemporary conception of human rights, the jurisdictional opening that enable the dialogues, as well as the challenges encountered for the effective implementation of these dialogues, followed by the matter of precedents, both within the framework of the Inter-American Court of Human Rights and the Brazilian context. Today's reality imposes treatment with equal respect and consideration for everyone, considering the fact that national and international legal systems point in the same direction.

Key-words: Dialogues between courts. Inter-American Human Rights System. Democracy. Human rights. *Stare decisis*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITOS HUMANOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	14
2.1 DE QUE DEMOCRACIA ESTÁ SE FALANDO	15
2.2 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS.....	25
2.3 O ROMPIMENTO DAS FRONTEIRAS: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO INTERNACIONAL APONTAM NA MESMA DIREÇÃO.....	34
3 DIÁLOGOS ENTRE CORTES PARA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	44
3.1 NOVA ORDEM PÚBLICA: UM PANORAMA GERAL DOS DIÁLOGOS	45
3.2 O DIÁLOGO COM O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	57
3.3 DESAFIOS E POTENCIALIDADES NA CONSTRUÇÃO DOS DIÁLOGOS	71
4 O SISTEMA DE PRECEDENTES E SUAS IMPLICAÇÕES NO BRASIL	81
4.1 OS PRECEDENTES: DO QUE SE TRATA E NO QUE SÃO ÚTEIS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	82
4.2 O STARE DECISIS INTERAMERICANO.....	93
4.3 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL.....	105
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
REFERÊNCIAS.....	124

1 INTRODUÇÃO

No mundo todo, 766 milhões de pessoas vivem com menos de U\$1,90 por dia, sendo que 1% da população mais abastada do globo concentra 46% da riqueza mundial, conforme relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)¹.

A América Latina é a região mais desigual do mundo². O Brasil ocupa posição de destaque negativo entre seus pares, sendo o 10º pior país do globo em termos de desigualdade de renda³. Apesar de constatada redução da pobreza nos últimos anos no Brasil e também em toda a região, as desigualdades sociais, étnicas e de gênero continuam sendo alguns dos maiores obstáculos ao desenvolvimento dos seres humanos⁴.

No caso do Brasil, em que pese o país possua o 79º maior IDH (índice de desenvolvimento humano), se considerada a desigualdade presente no país, essa posição cai 19 posições, por conta dos índices de saúde, educação e renda.

Segundo dados do CEPAL, a pobreza aumentou significativamente na América Latina, atingindo 175 milhões de pessoas, o que representa um total de 29,2% da população total da região. Desse contingente, 75 milhões seriam indivíduos vivendo em situação de indigência⁵.

Os países latino-americanos precisam, hodiernamente, conviver com níveis altíssimos de desigualdade, ao mesmo tempo em que procuram manter a estabilidade política alcançada após os processos de redemocratização recentes. Trata-se de tarefa extremamente árdua, uma vez que, apesar das

¹ United Nations Development Programme. **Human Development Report 2016**. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016_human_development_report.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

² CEPAL. **Panorama Social da América Latina 2016**. Disponível em <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41738/1/S1700509_pt.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

³ United Nations Development Programme. **Human Development Report 2016**. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016_human_development_report.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁴ Brasil de Fato. **Brasil está entre 10 países mais desiguais do mundo, aponta PNUD**. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/03/21/brasil-esta-entre-10-paises-mais-desiguais-do-mundo-aponta-pnud/>>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁵ Nações Unidas no Brasil. **CEPAL: Pobreza teria aumentado na América Latina, atingindo 175 milhões de pessoas em 2015**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cepal-pobreza-teria-aumentado-na-america-latina-atingindo-175-milhoes-de-pessoas-em-2015/>>. Acesso em: 25 set. 2017.

conquistas democráticas de tamanha relevância para a região, estas não afetaram de forma significativa os índices de desigualdade, pobreza e exclusão social.

É na superação desses índices assustadores e dessas características em comum que se insere o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o qual, não obstante ter seu surgimento marcado num contexto antidemocrático, tem se mostrado como um instrumento efetivo na consolidação da democracia regional, ainda em processo constante e permanente.

Nesse ínterim, os desafios que exsurgem na região demandam dos Estados uma articulação de respostas que transcendem as suas fronteiras. Esse conjunto responsivo requer uma postura dialógica e dinâmica desses mesmos Estados, cujo pano de fundo é o pluralismo constitucional e o direito internacional dos direitos humanos no paradigma do *Human rights based approach*.

O Sistema Interamericano tem pretensões elevadas de corroborar o transcurso democrático dos Estados e o processo emancipador dos indivíduos latino-americanos, buscando expandir um *ius commune* para toda a região. Essas pretensões estão amparadas na tríade direitos humanos, democracia e Estado de Direito, todos elementos diretamente relacionados à integração jurídica que se anuncia.

Essa transcendência vem expressada, precipuamente, por meio dos múltiplos diálogos entre os ordenamentos jurídicos, nacionais ou internacionais. O diálogo entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano é um dos exemplos, que se enquadra, conforme as nomenclaturas que serão adiante explicitadas, na modalidade vertical-horizontal.

Esse diálogo, contudo, vem permeado por uma série de desafios, os quais, se bem identificados, podem ser superados, haja vista potencialidade inerente que lhe é peculiar e tendo em vista, inclusive, as modalidades de diálogo bem sucedidas em demais países latino-americanos.

Um desses desafios tem relação com a lógica com que operam as cortes internacionais, mais especialmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em comparação à forma como operam os ordenamentos jurídicos domésticos. Ora, um dos pressupostos para o diálogo é que se fale a mesma

língua e que os sistemas caminhem numa mesma direção, buscando o aprimoramento das suas instituições com vistas à consolidação democrática.

O primeiro capítulo tem como principal objetivo apresentar o pano de fundo que viabiliza o diálogo entre cortes no paradigma do *Human rights based approach*. Como uma das pretensões do diálogo é a consolidação da democracia nos ordenamentos locais, em primeiro lugar será delimitado qual é o conceito de democracia aqui pautado e de que forma esta democracia se relaciona aos direitos humanos. Um segundo momento está voltado ao esclarecimento da concepção de direitos humanos que se adota, vale dizer, da concepção contemporânea oriunda do contexto pós Segunda Guerra Mundial, e norteadas pelas noções de universalidade e indivisibilidade, já que o termo *direitos humanos* possibilita múltiplas interpretações e corresponde a um processo de construção e reconstrução permanente. Por fim, objetiva-se demonstrar de que maneira as divisões entre o âmbito do direito constitucional e do direito internacional se rompem e quais os mecanismos possibilitam que hoje se fale em diálogo e intercomunicações entre esferas nacionais e internacionais.

O segundo capítulo, a seu turno, trata do diálogo propriamente dito. Primeiramente, será apresentado um panorama geral dos diálogos, sem a pretensão de esgotar o tema que poderia ser objeto de um trabalho inteiro, haja vista a imensa variedade de modalidades diálogos possíveis na nova ordem pública⁶ que se anuncia. Na sequência, o foco será direcionado ao diálogo entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, já que essa é a modalidade de diálogo apreciada neste estudo. O nascimento desse Sistema, por si só, já representa um desafio, uma vez que se deu no âmago de ditaduras presentes nos mais variados países da região. Esta análise possibilitará adentrar no próximo item, que pretende apresentar eventuais desafios, obstáculos e também potencialidades dos diálogos.

Por fim, o terceiro capítulo tem como premissa o sistema de precedentes como um fator essencial à efetivação do diálogo entre cortes nacionais e internacionais. Para tanto, o primeiro item deste capítulo procurará

⁶ Expressão emprestada da obra: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

expor os conceitos e noções fundamentais que justificam a importância do sistema de precedentes e no que este sistema pode ser útil aos direitos humanos. Na sequência, o propósito será justificar o porquê da Corte Interamericana de Direitos Humanos ser considerada uma corte de precedentes e se é possível falar em *stare decisis* interamericano, esclarecendo, assim, se se trata da modalidade de *stare decisis* vertical e, conseqüentemente, se há obrigação de respeito às decisões da Corte. Finalmente, pretende-se expor, de forma breve, no que o Brasil se relaciona ao sistema de precedentes e quais são as dificuldades que se apresentam nesse sentido. Para efeitos comparativos e a fim de comprovar a hipótese de que a Corte Interamericana funciona com base no respeito aos precedentes, em oposição ao que se percebe no Brasil, o tema da justiça de transição e das leis de anistia foi eleito a fim de demonstrar o sistema de precedentes interamericano e a forma como os operadores jurídicos brasileiros atuam nesse sentido.

As considerações finais apresentarão as reflexões conclusivas deste trabalho (ou ao menos os novos questionamentos que daqui exsurgem), sem a pretensão de esgotar os múltiplos temas que aqui serão tratados sem, muitas vezes, a extensão que lhes é devida. Essa ausência, em determinados momentos, pode ser justificada pela complexidade dos temas e pelo espaço destinado ao trabalho de monografia. Ainda, entendeu-se que somente seria cabível expor a relação entre precedentes e direitos humanos, bem como o tema do *stare decisis* interamericano, após apresentar o panorama que justifica a relação direta entre democracia e direitos humanos e viabiliza os diálogos entre os ordenamentos nacionais e internacionais.

2 DIREITOS HUMANOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A concepção contemporânea de direitos humanos surgiu como um movimento contrário às práticas totalitárias (nazistas e fascistas) imersas no contexto da Segunda Guerra Mundial. Essas práticas se deram em nome da autodeterminação democrática, razão pela qual muitos apontam para a impossibilidade da relação entre democracia e direitos humanos.

Para Christoph Menke e Arnd Pollmann, existem formas de “dominações democráticas” que não respeitam os direitos humanos. Nesse passo, um povo democrático e governador de si mesmo também pode se converter em tirano, especialmente quando a dominação da maioria (ou de um corpo nacional entendido como uma unidade homogênea) representa uma ameaça aos direitos do indivíduo e à sua liberdade de ser diferente⁷.

Para muitos dos autores que assim entendem, haveria uma independência normativa dos direitos humanos e da democracia, conceitos os quais nunca poderiam caminhar na mesma direção e estariam sempre em tensão, um em relação ao outro.

A depender do tom dado à nomenclatura *democracia*, é possível estabelecer uma crítica a partir dos direitos humanos, ao entender que a dominação da maioria pode representar uma ameaça aos direitos individuais. Todavia, isso não implica a independência dos conceitos ora analisados, uma vez que a noção de democracia aqui pautada ultrapassa o simples governo das majorias. Segundo Ronald Dworkin, a discussão principal não gira em torno do grau que a democracia deve se curvar em relação aos demais valores, “mas sim, acerca do que a democracia realmente é”⁸.

A despeito das inúmeras teorias e possibilidades de diferentes conceituações para os termos, democracia e direitos humanos não são conceitos apartados. Ao revés, referem-se a noções que caminham com muita proximidade e no mesmo sentido, uma vez que ambas têm como fundamento o mesmo convencimento moral de igual respeito a todos. A democracia, portanto, é a forma política de exprimir a dignidade humana.

⁷ MENKE, Christoph; POLLMAN, Arnd. **Filosofia de los derechos humanos**. Tradução: Remei Capdevila Wernin. Barcelona: Herder, 2010, p. 187-193.

⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23.

2.1 DE QUE DEMOCRACIA ESTÁ SE FALANDO

As acepções possíveis para o termo democracia são as mais variadas e convém, portanto, esclarecer de que democracia o presente trabalho trata. Democracia é, certamente, uma expressão indeterminada, ou seja, utilizada de modos diversos, frequentemente opostos⁹.

O conceito de Jorge Carpizo parece especialmente interessante por trazer à baila diversos elementos. Para ele, a democracia corresponde a um sistema no qual os governantes são eleitos periodicamente pelos eleitores e o poder se encontra distribuído entre vários órgãos com competências próprias e com equilíbrios e controles entre eles, assim como responsabilidades estabelecidas na Constituição, com o objetivo de assegurar os direitos fundamentais que a própria Constituição reconhece direta ou indiretamente¹⁰.

Tom Bingham, em sua obra “The Rule of Law”, acredita que não existe Estado de Direito se não houver um Estado Democrático de Direito, o qual traz em seu âmago os direitos humanos e mecanismos suficientes para protegê-los. Para ele, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os tratados internacionais que surgiram na sequência aproximam o *rule of law* da democratização do direito e do respeito aos direitos humanos¹¹.

Jorge Carpizo entende que entre os direitos humanos, há dois que se encontram no nascimento do sistema democrático: a igualdade e a liberdade¹². Ambos são igualmente importantes e necessariamente devem estar presentes em toda e qualquer democracia.

Jürgen Habermas, na mesma direção, percebe que o autogoverno democrático é a prática cidadã do uso público das liberdades comunicativas, vale dizer, a noção de democracia em si mesma já pressupõe os direitos humanos, uma vez que considera o direito de cada indivíduo a participar, na

⁹ MULLER, Friedrich. A Democracia em Face da Exclusão Social. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 111.

¹⁰ CARPIZO, Jorge. **Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina**. México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 100.

¹¹ BINGHAM, Tom. **The Rule of Law**. London: Penguin Books, 2011, p. 67.

¹² CARPIZO, Jorge. El Contenido Material de la Democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 5.

mesma medida, do processo democrático¹³. Nessa toada, os direitos humanos são, ao mesmo tempo, condição prévia e resultado da democracia.

Dos vários sentidos à noção democrática, um deles parece se adequar perfeitamente à compreensão que nesta pesquisa se adota: partindo de um caráter substancial, e não meramente procedimental, ou seja, os direitos humanos funcionam como *trunfos*¹⁴, com destaque para aqueles contramajoritários. Essa é a concepção adotada por Dworkin, para quem nem sempre o direito ao tratamento como igual implicará a adoção do direito a igual tratamento. Para o autor:

A democracia representativa é amplamente concebida como a estrutura institucional mais adequada, em uma sociedade complexa e diversificada, para a identificação e a consecução de políticas utilitaristas. Nesse ponto ela funciona imperfeitamente, pela conhecida razão de que a regra de decisão pela maioria não consegue levar suficientemente em conta a intensidade, por oposição ao número, das preferências particulares, e porque as técnicas de persuasão política, apoiadas pelo dinheiro, podem corromper a precisão com a qual os votos representam as verdadeiras preferências dos eleitores¹⁵.

Importante ressaltar que, em que pese a grande maioria dos Estados que integram a ordem internacional realize eleições periódicas, mais de 23% da população mundial não tem voz em termos de governo e acaba por enfrentar graves consequências ao tentar exercer seus direitos mais básicos¹⁶.

Conforme relatório da ONG Freedom House, enquanto em anos anteriores o declínio da liberdade estava geralmente concentrado em ditaduras, em 2016 a queda de democracia ocorreu em países classificados como livres, os quais dominaram a lista de países sofrendo retrocessos¹⁷.

¹³ HABERMAS, Jürgen. El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia. In: **La inclusión del otro: estudios de teoría política**. Barcelona: Paidós, 1999, p. 253.

¹⁴ Expressão emprestada da obra: DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 425.

¹⁶ FREEDOM HOUSE. **Worst of the Worst 2012: the world's most repressive societies**. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/special-reports/worst-worst-2012-worlds-most-repressive-societies>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

¹⁷ FREEDOM HOUSE. **Anxious Dictators, Wavering Democracies: Global Freedom under Pressure**. Disponível em: <https://freedomhouse.org/sites/default/files/FH_FITW_Report_2016.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2017.

Dessa forma, Dworkin encara os *direitos-trunfo* como aqueles que devem prevalecer em detrimento de “metas coletivas”, ou seja, “*background justifications for political decisions that states a goal for the community as a whole*”¹⁸.

Assim, uma decisão estatal, muitas vezes, não é justificativa para restringir ou violar algum direito tido como contramajoritário. Esses *trunfos* devem ser, necessariamente, reconhecidos a todos os grupos e são compreendidos a partir da relação entre a moralidade e o direito, oriundos do princípio da dignidade da pessoa humana, autonomia e autodeterminação¹⁹.

Dworkin acredita que os juízes devem proferir decisões fundadas em questões substanciais, decisões estas que devem ser baseadas em argumentos de princípios, fazendo uma leitura moral da Constituição e valorizando a integridade do direito²⁰. Conforme o autor, esse tipo de decisão judicial contribui para os princípios do Estado Democrático de Direito, “uma vez que Estado de direito não é sinônimo de legalismo, e a democracia é muito mais rica e complexa do que a regra da maioria”²¹.

Trazendo o aporte da democracia deliberativa, Carlos Santiago Nino defende a *Constituição histórica*, e não apenas a *Constituição ideal de direitos*. Para o autor, é fundamental que haja uma limitação ao poder, que se dá, especialmente, por meio da Constituição, a qual corresponde a um acordo entre diversos grupos sociais sobre o poder do Estado e seus limites. Contudo, essa Constituição deve ser construída por todos, vale dizer, é preciso que haja uma verdadeira construção por “práticas, instituições, hábitos, atitudes culturais e opiniões que caracterizam uma sociedade”²². Conforme o filósofo:

A constituição histórica que é relevante para o raciocínio prático, não é um mero texto ou documento, mas constituída pela regularidade das condutas, atitudes e expectativas das

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153.

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 287.

²⁰ As noções de princípios, moralidade e integridade do direito para Dworkin serão aprofundadas no terceiro capítulo deste estudo, quando da análise do que se entende por precedentes.

²¹ GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 248.

²² GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 320.

sucessivas legislaturas, funcionário de governo e gerações de cidadãos geradas a partir da sanção daquele texto. Assim, a tarefa de transformar o texto em proposições justificatórias é auxiliada pelas opções tomadas por esse trabalho coletivo, e as indeterminações são muito mais restringidas do que se cada um de nós tivesse que se confrontar isoladamente com um texto nu²³.

Nino esclarece que os direitos humanos não funcionam apenas como um “escudo das minorias contra as majorias”²⁴, mas sim representam a garantia da vivacidade do próprio processo democrático. Isso porque é preciso ter em conta “o maior número de mãos levantadas para a solução de certos problemas, sem considerar de quem são as mãos que se levantam e como se combinam os votos”²⁵.

Explica-se: Nino propõe uma concepção dialógica de democracia, sendo que a democracia deliberativa é aquela que possui maior valor epistemológico. Quando o autor se refere a esse valor, quer dizer que a decisão tomada pela maioria possui mais chances de estar “moralmente correta”, contudo é preciso que todos os afetados pelas decisões tenham possibilidade de expressar suas opiniões, o que inclui as minorias.

Segundo Nicole Mäder Gonçalves, que procura explicar a teoria de Nino, não há como confiar na capacidade de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos para expressarem os interesses daqueles que estão excluídos da discussão e, ainda assim, “tomarem decisões imparciais que respeitem os interesses silenciados”²⁶.

Friedrich Muller percebe que a teoria tradicional da democracia (aquela que leva em conta apenas a soberania popular e a autodeterminação do povo) não esclarece como o exercício do poder estatal pode ser retro-referido ao povo, de forma concreta. Nesse passo, destaca o Poder Judiciário, oportunidade em que o papel do povo apresenta-se como instância de uma atribuição global de legitimidade. Esse papel transcende, em sua abrangência,

²³ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 55.

²⁴ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 323.

²⁵ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 60.

²⁶ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 334.

o povo ativo e abrange, por outro lado, todos aqueles que pertencem à nação²⁷. Conforme o autor:

Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o “povo” permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, “povo de um país” de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo “povo” enquanto instância de atribuição global²⁸.

Conforme preceitua Melina Fachin, adotando esse viés substantivo, indivíduos são convidados a participar do processo democrático, independente da declaração de vontade majoritária²⁹. Para Jorge Carpizo, tanto os direitos humanos quanto a democracia possuem força expansiva, uma vez que não há como existir democracia onde não se respeitam os direitos humanos e estes só se encontram protegidos em um sistema democrático. O autor entende que uma Constituição e um Estado de Direito que não são democráticos são, na realidade, instrumentos de opressão³⁰.

O princípio democrático, portanto, exige que o Estado garanta a igualdade entre os cidadãos, a liberdade de participação, uma autodeterminação individual e coletiva, bem como garantias das minorias, o que implica dizer que a democracia das majorias não é suficiente para esgotar o conceito que aqui se pretende adotar.

Segundo a doutrina encampada por Luigi Ferrajoli, deve-se valorizar o constitucionalismo garantista como projeto político, vale dizer, a validade das leis e a legitimidade da política devem ser condicionadas ao respeito e à efetivação das garantias dos direitos estipulados nas Constituições. Para o autor, a única alternativa racional a um futuro de desordem, violência,

²⁷ MULLER, Friedrich. A Democracia em Face da Exclusão Social. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 112.

²⁸ MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 63-64.

²⁹ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 231.

³⁰ CARPIZO, Jorge. El Contenido Material de la Democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 4.

autoritarismo e desigualdade é o fortalecimento das garantias do paradigma constitucional, bem como de sua ampliação no âmbito supranacional.

Nesse sentido, as normas constitucionais que estabelecem os princípios e direitos fundamentais garantem a dimensão material da democracia substantiva, que alude àquilo que não pode ser decidido, vinculando a legislação, sob pena de invalidez, ao respeito dos direitos fundamentais e a outros princípios axiológicos por ela estabelecidos. Não se deve, portanto, confundir o paradigma do Estado de Direito e o da democracia política, segundo a qual uma norma é legítima apenas se é quista pela maioria³¹.

Uma das dimensões da consolidação da democracia apontada por Dieter Nohlen é a dimensão constitucional, em que tanto o governo como a oposição se submetem à Constituição e solucionam seus conflitos no marco das regras do jogo do sistema político³². Nesta dimensão, a jurisdição constitucional encontra um papel fundamental no fortalecimento da democracia.

Para Nohlen, os tribunais constitucionais são instituições políticas como as demais, ainda que possuidores de legitimidade secundária e carentes de um aparato próprio para executar suas decisões. Nesse sentido, eles dispõem de funções significativas com capacidade de decisões últimas em assuntos de alta importância no jogo político³³.

Ainda mais relevante que isso, talvez a contribuição mais notável dos tribunais constitucionais tenha a ver com a sua participação na consolidação do sistema de democracia constitucional, orientando a atuação dos poderes públicos e ajudando a gerar comportamentos democráticos tanto no exercício do poder como na sociedade³⁴. Afirma o autor:

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

³² NOHLEN, Dieter. Jurisdicción Constitucional y Consolidación de la Democracia. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 444.

³³ NOHLEN, Dieter. Jurisdicción Constitucional y Consolidación de la Democracia. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 446.

³⁴ NOHLEN, Dieter. Jurisdicción Constitucional y Consolidación de la Democracia. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos**

La jurisdicción constitucional sólo tiene sentido en una democracia constitucional, con garantías constitucionales de los derechos humanos y los derechos políticos, con separación de poderes dentro de un Estado de derecho, un bloque de constitucionalidad que antecede las decisiones que pueda tomar el pueblo a través de los canales de participación directa³⁵.

Para além das jurisdições constitucionais dentro de cada um dos Estados, a democracia não é apenas a distribuição de iguais direitos a todos os indivíduos, mas também resulta num processo histórico (assim como os direitos humanos), na busca de que esses direitos sejam alçados por toda a humanidade. Para Étienne Balibar, nas palavras de Christoph Menke e Arnd Pollmann, a democracia não se limita aos Estados individuais, mas corresponde a um horizonte cosmopolita³⁶.

O componente democrático, portanto, para que seja efetivamente exercido, deve recorrer às esferas internacionais e não restar limitado às fronteiras estatais. Conforme leciona Melina Fachin:

O cenário hodierno de proteção dos direitos humanos e a complementaridade entre as searas de proteção nacional e internacional exigidas determinam a reconfiguração do processo democrático no que tange ao seu *locus*. Este não é mais apenas restrito ao Estado-nação, sendo que a questão da legitimação democrática passa a ser assunto também na pauta das estruturas internacionais³⁷.

Segundo Christian Tomuschat, o fato de que os Estados compartilham seus poderes soberanos com outros Estados não pode ser equiparado a um declive da democracia. Ao contrário, o grande desafio é encontrar modelos

Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 448.

³⁵ NOHLEN, Dieter. Jurisdicción Constitucional y Consolidación de la Democracia. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 450.

³⁶ MENKE, Christoph; POLLMAN, Arnd. **Filosofia de los derechos humanos.** Tradução: Remei Capdevila Wernin. Barcelona: Herder, 2010, p. 201.

³⁷ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 233.

com os quais os objetivos elementares da democracia possam ser alcançados e realizados, inclusive no âmbito internacional³⁸.

Partindo da premissa adotada por Dworkin, que legitima a atuação dos tribunais constitucionais na decisão do povo quando do poder constituinte, a atuação de órgãos da esfera internacional³⁹ também encontra sua legitimação, em razão, especialmente, dos preceitos contidos no artigo 5º, § 2º da Constituição da República⁴⁰.

A esse respeito, a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de Dezembro de 2000, intitulada “Promoção e Consolidação da Democracia”⁴¹, reconhece a ligação indissolúvel entre os direitos humanos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos tratados internacionais de direitos humanos e a fundação de qualquer sociedade democrática. Conforme a referida resolução, ainda, todas as democracias possuem características em comum, contudo não há um modelo universal único de democracia⁴².

A mesma Resolução propõe também uma democracia material, buscando promover o pluralismo, a proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, maximizando a participação dos indivíduos na

³⁸ TOMUSCHAT, Christian. Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberanía en las instituciones de la integración regional? In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 43.

³⁹ Importante mencionar, nesse sentido, que não se pretende aqui adotar um viés universalista extremado na abordagem da democracia e no alcance universal dos direitos humanos, o qual desconsidera por si só as particularidades de cada cultura e de cada território. Ao revés, valoriza-se a noção de um universalismo sóbrio, como defendida por Wolfgang Kersting, para quem “a capacidade orientadora do antropologicamente universal e do normativamente transcendental precisa ser sempre inserida na concretude moral-cultural, moral-individual e jurídico-política”. (KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e Direitos Humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 102).

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 5, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

⁴¹ ONU. **Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de Dezembro de 2000, intitulada “Promoção e Consolidação da Democracia” (A/RES/55/96)**. Disponível em: <<http://undocs.org/en/A/RES/55/96>>. Acesso em: 29 out. 2017.

⁴² Para Chantal Mouffe, “a democracia radical exige que reconheçamos a diferença – o particular, o múltiplo, o heterogêneo – tudo que, na realidade, tenha sido excluído pelo conceito abstrato de homem. O universalismo não é rejeitado, mas particularizado; o que é necessário é um novo tipo de articulação entre o universal e o particular”. (MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 27).

tomada de decisões e o desenvolvimento de instituições públicas eficazes, incluindo um poder judiciário independente.

As cortes internacionais constantemente prezam, igualmente, por uma democracia substantiva, que leve em consideração as vulnerabilidades e as diferenças. Um exemplo está centrado nas atuações da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em *Gelman vs. Uruguai*, a Corte ressaltou que a aprovação de uma lei em um regime democrático, inclusive ratificada ou respaldada pela população em razão de referendos/plebiscitos, não lhe concede automaticamente, nem por si só, legitimidade perante o direito internacional⁴³.

Para os juízes da Corte, a simples existência de um regime democrático não garante, *per se*, o permanente respeito do direito internacional, incluindo o direito internacional dos direitos humanos. A legitimação democrática de determinados fatos numa sociedade encontra-se limitada, necessariamente, pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados, como a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Desse modo, a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual particularmente em casos de graves violações às normas do direito internacional, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas⁴⁴.

Destarte, o processo democrático requer certas regras que limitem o poder das maiorias. A identificação do povo com a maioria expressada nas urnas é insuficiente para atribuir a um regime o caráter democrático que, atualmente, também se funda no respeito das minorias. O processo democrático, se autêntica e verdadeiramente o for, requer a instauração e a manutenção de regras que canalizem as manifestações da vontade popular e impeçam que uma maioria se atribua à “gritaria excludente do povo”⁴⁵.

⁴³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gelman vs. Uruguai**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, nº 221.

⁴⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gelman vs. Uruguai**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C n.221.

⁴⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-141 de 2010.

Para não incorrer em abstrações demasiadas, é preciso contextualizar e localizar⁴⁶ os estudos. Nesse sentido, no âmbito da democracia na América Latina, é necessário alçar maiores níveis de bem estar para boa parte da população, além do respeito a movimentos sociais, demandas econômicas dos trabalhadores, produção e distribuição de bens de consumo popular, educação com excelência acadêmica, além da luta contra a impunidade e a corrupção⁴⁷, que se faz ainda presente em muitos países.

No contexto específico da América Latina, importa mencionar que não há como se falar em forte democracia material se a grande maioria da população não conduz uma existência digna⁴⁸, no que respeita a esses direitos econômicos, sociais e culturais⁴⁹. Dieter Nohlen aponta diversas explicações causais para o problema da consolidação da democracia na região: carência econômica, carência social, carência política, carência político-institucional, falta de confiança da população na democracia, etc⁵⁰.

A democracia substantiva pressupõe, portanto, certas condições sociais dos indivíduos, sendo que miséria e marginalização caminham no sentido oposto à participação democrática⁵¹. Nesse contexto, aqueles que não

⁴⁶ Localizar no sentido de limitar, circunscrever a um lugar determinado.

⁴⁷ CARPIZO, Jorge. El Contenido Material de la Democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 11.

⁴⁸ Da mesma forma que é necessário refletir acerca de um universalismo sóbrio, há que se ter cuidado com a universalização parcial, ou seja, a prevalência dos direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Melina Fachin pondera as consequências desta visão dissociada dos direitos humanos no campo de sua implementação universal em sua obra "Direitos Humanos e Desenvolvimento", no capítulo III da Parte I, denominado "A fragmentação do discurso dos direitos humanos: a universalização parcial". (FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 99-155).

⁴⁹ CARPIZO, Jorge. El Contenido Material de la Democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 27.

⁵⁰ NOHLEN, Dieter. Jurisdicción Constitucional y Consolidación de la Democracia. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 442.

⁵¹ MULLER, Friedrich. Rule of Law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 46.

consideram o problema da exclusão social não são verdadeiramente democratas e usam a expressão *povo* de maneira meramente icônica⁵².

É essa democracia complexificada e carregada de sentidos, os quais vão além das opiniões majoritárias, que caminha *pari passu* aos direitos humanos, razão principal de ser das Constituições e do direito internacional dos direitos humanos. Nesse mesmo sentido, caminham os ensinamentos de Flávia Piovesan, para quem “não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos”⁵³, sendo seguramente o regime democrático aquele mais compatível com a proteção dos direitos humanos⁵⁴.

2.2 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS

A noção de democracia substantiva é aquela fundada na soberania popular e cujo objetivo principal consiste no respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana. Assim, ela só é preenchida de sentido quando se tem em conta a concepção contemporânea de direitos humanos.

Explica-se: “a soberania do povo, não dirigida à realização dos direitos humanos, conduz necessariamente ao arbítrio da maioria”⁵⁵, ao passo que só é possível falar em respeito holístico aos direitos humanos quando o poder político supremo pertence ao povo.

É nesse tom que Luigi Ferrajoli se refere aos direitos humanos como um *contrapoder* (e a relação com a democracia substantiva e com os *trunfos contramajoritários* de Dworkin não poderia ficar mais clara). Esse *contrapoder* marca lutas constantes do mais fraco frente à lei do mais forte, o que inclui, por exemplo, os oprimidos em relação a práticas opressivas de sua própria cultura⁵⁶.

⁵² MULLER, Friedrich. A Democracia em Face da Exclusão Social. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 113.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v.1, n.1, 2004, p. 26.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 205.

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 51, n. 18, 2004, p. 151.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. 3 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 369.

A ideia de uma comunidade internacional, em que violações de direitos em uma parte do globo acabam por serem sentidas em todos os demais espaços não é nada recente e já foi prevista por diversos teóricos da era moderna, ainda que num contexto completamente diferente⁵⁷, como é o caso de Immanuel Kant, ao elaborar seu projeto de “Paz Perpétua”⁵⁸. Para Norberto Bobbio, o reconhecimento dos direitos do cidadão caminha do Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo⁵⁹.

A noção contemporânea da proteção de direitos humanos, contudo, surgiu num contexto em que se percebeu a urgente necessidade de conter violações cometidas pelos Estados, em especial no pós Segunda Guerra Mundial⁶⁰, devido a inúmeras atrocidades geradas pelos sistemas nazista e fascista, marcados pelo exercício de racismo, xenofobia e políticas imperialistas. Conforme leciona Oscar Vilhena Vieira:

O holocausto, e as outras barbáries do período, como os campos soviéticos de trabalho forçado e mesmo a bomba atômica, causaram um profundo choque na comunidade internacional. Foi como reação a essa demonstração de irracionalidade e da capacidade do homem de se autodestruir que surgiu a ideia contemporânea de direitos humanos. Trata-se de uma resposta, ainda que filosoficamente não bem resolvida, ao vazio ético deixado pelo desencantamento que favoreceu o nazismo e todas as atrocidades por ele realizadas.⁶¹

Para Hannah Arendt, o paradoxo da política contemporânea mais dolorosamente irônico diz respeito à discrepância entre os esforços idealistas para considerar como inalienáveis os direitos dos “cidadãos dos países civilizados”, enquanto permanecia a situação de seres humanos sem direito

⁵⁷ A concepção contemporânea de direitos humanos se afasta da visão ideal e abstrata do sujeito, que passa a ser contextualizado, ao passo que o fundamento de sua proteção se localiza no preceito internacional e não apenas em sua natureza humana.

⁵⁸ KANT, Immanuel. **Perpetual peace**, Kant Political writings. Cambridge: University Press, 1996, p. 107-108.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 8.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 21-22.

⁶¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e Constituição Republicana. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 459.

algum⁶². Essa lógica levou à *descartabilidade* do ser humano, quando da existência de um “estado totalitário de natureza”⁶³ no contexto da Segunda Guerra Mundial.

O *direito a ter direitos*, que, para a autora, equivale à cidadania de todo e qualquer indivíduo e é, certamente, indispensável para efetivação dos direitos humanos, foi negado durante esses regimes (e ainda o é, todos os dias, para inúmeros sujeitos). Em suas palavras:

A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião – fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades – mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade. Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los⁶⁴.

Os Estados utilizavam de suas soberanias absolutas e daquilo que estava positivado nas leis para violar os mais variados direitos. Esses direitos não encontravam guarida tampouco no âmbito supraestatal, que também reconhecia apenas aos nacionais a possibilidade de serem cidadãos. Neste contexto, aqueles que não eram cidadãos de nenhum Estado estavam completamente desprotegidos, seja a nível nacional ou internacional⁶⁵.

Para Ronald Dworkin, o positivismo legalista acaba por impedir que indivíduos possam ter outros direitos para além daqueles expressamente positivados dentro de uma comunidade⁶⁶. O problema aqui era ainda maior: o positivismo jurídico passou a ser justificador de violações de direitos humanos.

Essa realidade não podia mais se repetir e os Estados precisavam adotar uma responsabilidade mais concreta perante a comunidade

⁶² ARENT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 383.

⁶³ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 15-16.

⁶⁴ ARENT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 402.

⁶⁵ ARENT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 378-380.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

internacional. Era urgente a reconstrução dos direitos humanos, após esse cenário de ruptura. Tem início, então, uma nova era, sublinhada pelo valor da dignidade humana como fundamento da proteção e marcada pelo processo de internacionalização da positivação e garantia desses direitos⁶⁷.

É nesse contexto, portanto, que o direito internacional dos direitos humanos teve sua consolidação, marcada precipuamente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948⁶⁸. Importante lembrar que a ONU surgiu justamente com a finalidade de evitar a guerra e, conseqüentemente, manter a paz, com destaque especial ao papel da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não nasceu com a pretensão de ser definitiva, haja vista caráter histórico dos direitos humanos, que emergem das lutas travadas pelo ser humano e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem⁶⁹. Nesse sentido, a referida Declaração⁷⁰ representa um ponto de partida para uma meta progressiva e o período que segue é marcado pela criação de inúmeros tratados convergindo sempre no sentido da proteção dos sujeitos e de seus direitos fundamentais⁷¹.

Para Antônio Augusto Cançado Trindade, o enfrentamento de problemas como a pobreza extrema, as condições desumanas de vida, o *apartheid*, racismo, discriminação racial, marcou uma maior aproximação entre

⁶⁷ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 20.

⁶⁸ A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos são autênticos contratos sociais internacionais, na visão de Luigi Ferrajoli. (FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Tradução: Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 38-40).

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 20.

⁷⁰ Adota-se aqui o entendimento de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos possui força cogente e não constitui tão somente *soft law*, uma vez que se trata de interpretação autêntica das expressões de direitos humanos da Carta das Nações Unidas. Nesse sentido, para Melina Fachin, a Declaração representa verdadeiro costume internacional inderrogável e integra as normas de *jus cogens*. (FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 29.)

⁷¹ Para André de Carvalho Ramos, “a característica maior desse conjunto de normas internacionais é a diversidade, que reflete a evolução normativa da proteção internacional, com o aumento gradativo tanto do número de direitos protegidos quanto da profundidade e sofisticação dos instrumentos de apuração da responsabilidade internacional do Estado.” (RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 315).

as diferentes concepções de direitos humanos à luz de uma visão universal, refletida no aumento do número de ratificações desses instrumentos, quando das Conferências Mundiais de Teerã, em 1968 e de Viena, em 1993⁷².

Ainda, é a partir deste momento que os direitos humanos são tidos como direitos universais e indivisíveis. A universalidade invoca a condição de pessoa como requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos⁷³, o que independe de conjunturas específicas⁷⁴ para a proteção dos indivíduos, uma vez que toda e qualquer pessoa carrega consigo a dignidade humana⁷⁵.

A indivisibilidade, a seu turno, impõe a conjugação entre o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, numa perfeita convergência entre o valor da liberdade e da igualdade⁷⁶. Segundo Melina Fachin:

Sobressaem, assim, dois importantes traços nesse liame anunciado pela Declaração: de um lado, apreendem-se tais direitos sem hierarquizá-los, estabelecendo igualdade no tratamento jurídico de ambos; por outro lado, os direitos estão imbricados entre si visto que a garantia de uma categoria de direitos é condição para a observância das demais – liberdade e igualdade são faces da mesma moeda⁷⁷.

As normas internacionais se propõem, então, a ter um impacto cada vez mais influente nas jurisdições internas dos Estados, seja por meio da observância dessas obrigações por parte das nações ou da implementação dessas normas nas Constituições internas⁷⁸.

⁷² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O legado da declaração universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Claudia (orgs.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1998, p. 19.

⁷³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52-53.

⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O legado da declaração universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Claudia (orgs.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1998, p. 5.

⁷⁵ Para Melina Fachin, “a Declaração tem como escopo instituir uma nova ordem internacional lastreada no respeito à dignidade da pessoa humana por meio de valores universais básicos”. (FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 33.)

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52-53.

⁷⁷ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 35-36.

⁷⁸ STEINER, Henry J; ALSTON, Philip. **International human rights in context**, 2000, p. 987.

Esse sistema normativo é composto tanto por instrumentos de alcance geral, como também por pactos internacionais que visam combater questões mais particulares de violações de direitos humanos, especificamente em determinados territórios, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, somam-se ao sistema global de proteção de direitos humanos, os sistemas regionais, integrados pelos sistemas americano, europeu e africano⁷⁹, os quais estão mais próximos das realidades e necessidades de cada região.

Nesse sentido, nota-se a crescente *relativização* das soberanias internas de cada Estado. Apesar de recorrentes obstáculos que advêm, muitas vezes, das jurisdições domésticas⁸⁰, é preciso compreender que as Constituições e os sistemas internacionais de direitos humanos partem de uma mesma lógica e convergem também quanto aos objetivos essenciais que visam alcançar, todos pautados na proteção máxima dos direitos humanos.

Cumprir mencionar que a aceitação de decisões que impliquem na responsabilização internacional de um Estado em razão da violação de direitos humanos não implica um abandono da soberania estatal; pelo contrário, o engajamento do Estado na execução interna dessas decisões é um atributo de sua soberania⁸¹.

Para Luigi Ferrajoli⁸², a própria soberania estatal, quando vista de um ângulo interno, pode ser questionada. Isso porque no Estado de Direito não existe nenhum soberano, a não ser que se considere a Constituições e os limites jurídicos por ela impostos como a verdadeira soberania.

Soberanos, ao fim e ao cabo, são os povos e os indivíduos⁸³, aqueles que de fato compõem os Estados. Dessa forma, e por meio dessa revisitação

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 25.

⁸⁰ DAVIDSON, Scott. **The Inter-American Court of Human Rights**. Dartmouth, 1992, p. 3.

⁸¹ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 320.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Tradução: Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 44.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 292.

ao conceito de soberania, o respeito aos direitos humanos passa a ser matéria de “legítimo e autêntico interesse internacional”⁸⁴.

No viés do conceito de democracia previamente apresentado, a soberania popular requer, para além da concepção majoritária, a proteção do ser humano individualmente considerado. Para Bobbio, foi com a real valorização da individualidade de cada ser que a democracia foi capaz de completar seu ciclo de emancipação dos povos e indivíduos⁸⁵. Nesta singra, os direitos humanos, na sua concepção contemporânea, estão intrinsecamente relacionados com a própria democracia e constituem parte integrante de um autêntico Estado Constitucional de Direito⁸⁶.

É nesse sentido que Carlos Santiago Nino esclarece que a relação entre a democracia e o constitucionalismo compõe uma “dinâmica libertária”⁸⁷. Para o autor a democracia constitucional requer, por um lado, a realização de um processo político participativo, o qual permita a expressão por parte de todos aqueles que são afetados por decisões políticas; por outro lado, argumenta pela necessidade de certas limitações para o governo, as quais devem servir como proteção dos seus próprios fundamentos e também das minorias⁸⁸.

Nesse mesmo compasso, Celso Lafer trabalha com a noção de reconstrução dos direitos humanos, a qual se dá por meio da valorização de cada indivíduo, sendo que as condições políticas e jurídicas devem ser marcadas pela ligação da pluralidade, diversidade e criatividade do novo, todas garantidas no exercício da liberdade pelos seres humanos⁸⁹. Nessa toada, os

⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 75.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Assim Designada Proibição de Retrocesso Social e a Construção de um Direito Constitucional Comum Latino-Americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 533.

⁸⁷ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 19.

⁸⁸ GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 315-316.

⁸⁹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 15.

direitos são feitos por e para todos os seres humanos, inclusive para os grupos minoritários, numa construção que vai de baixo para cima⁹⁰.

Considerando, ainda, que essa concepção abarca as noções de universalidade, indivisibilidade, releitura da soberania estatal que dá espaço à soberania popular, bem como as importantes ponderações acerca da democracia substancial e dos *trunfos contramajoritários*, não há como apartar desse conceito a segurança jurídica⁹¹.

Segurança jurídica porque, não obstante se reconheça que os *direitos-trunfo* devem prevalecer em detrimento de *metas coletivas*, não há como conceber esses direitos de forma desigual nas situações em que eles devem ser aplicados. Vale dizer, ainda que a democracia, compreendida no seu sentido substantivo, seja composta de *trunfos contramajoritários*, isso não significa que cada doutrinador pode construir seu próprio modelo de ordem jurídica⁹².

O juiz possui liberdade de convencimento para decidir casos que apresentem conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos, todavia essa liberdade é do Poder Judiciário, que deve apresentar uma jurisprudência uniforme⁹³, o que inclui, sobremaneira, casos envolvendo direitos humanos.

Segundo Ronald Dworkin, os juízes estão sujeitos à doutrina de responsabilidade política, a qual requer uma consistência articulada. O autor, nesse sentido, condena decisões que aparentem certas isoladamente, valorizando a coerência do direito⁹⁴. Entendo que essa coerência ultrapassa, ainda, as fronteiras do Estado.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 94.

⁹¹ Ressalta-se que segurança jurídica não implica rigidez absoluta e fixidez definitiva, conforme os ensinamentos de Castanheira Neves. (NEVES, Antônio Castanheira. **O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra, 1983, p. 669.

⁹² NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 199-200.

⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p.263-274.

⁹⁴ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, 2012, p. 177-197.

Isso não significa dizer que haverá uma repetição de decisões quando da análise dos casos que apresentam similitudes. Do contrário, estaríamos incorrendo na crítica de Arthur Kaufmann do *computador como juiz*⁹⁵. Para o filósofo, nesses casos, o princípio da igualdade seria manuseado de forma absolutamente mecânica, sem os cuidados necessários com a individualidade e com a situação história concreta do sujeito.

A segurança jurídica pode (e deve) ser alcançada a partir de uma dinamicidade do sistema jurídico, a qual deve buscar a solução adequada para o caso concreto em comento. Todavia, o juiz é convidado a fundamentar de forma racional e com base nas demais decisões que compõe o sistema.

Esse convite para a fundamentação profícua é ressaltado por duas expressões que perpassam toda a atuação do Poder Judiciário: coerência e integridade. Enquanto a coerência se volta à justificação interna da decisão, a integridade a complementa obrigando a observância às demais decisões do sistema e também em relação a todo o direito⁹⁶.

Importa aqui mencionar que tanto a coerência quanto a integridade possuem como ideia nuclear a concretização da igualdade⁹⁷, a qual, por sua vez, como já explanado no primeiro subcapítulo deste trabalho, está justificada a partir das concepções de democracia e de direitos humanas que aqui se adotam, ambas pautadas na dignidade da pessoa humana.

Essa nova lógica valoriza a dignidade humana, que passa a funcionar como um referencial ético, o qual orienta os constitucionalismos e revê o conceito tradicional de soberania, dando destaque a uma verdadeira soberania popular, que é voltada inclusive à proteção das minorias.

Conforme preceitua Norberto Bobbio, urge-se o reconhecimento de que “primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa”⁹⁸. O ponto de

⁹⁵ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 180.

⁹⁶ Ambas as expressões serão analisadas com mais acuidade no terceiro capítulo desta pesquisa.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 119.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 30.

partida, portanto, é o indivíduo, é a centralidade dos direitos humanos, para, somente a partir de então, definir os próximos caminhos a serem percorridos.

Para além do viés moderno de Bobbio acerca da valorização da individualidade, a concepção contemporânea dos direitos humanos tem como mote o indivíduo que faz parte de uma comunidade (seja ela local, regional ou até mesmo global) e que é retro-alimentado em relação aos demais indivíduos pertencentes a esta comunidade. Assim, o indivíduo é valorizado enquanto tal, mas também enquanto coletividade e membro de um todo, entendimento que justifica a coerência e integridade previamente citadas.

A concepção contemporânea dos direitos humanos é, portanto, preenchida pela universalidade e indivisibilidade desses direitos e tem como elemento essencial a crescente *relativização* das soberanias internas de cada Estado. Ainda, é em razão da valorização de cada indivíduo que a segurança jurídica se justifica como uma das características dessa concepção, possibilitando a verdadeira concretização da igualdade e o enaltecimento da dignidade da pessoa humana.

A *relativização* das soberanias dos Estados e o crescimento das soberanias dos indivíduos permite abordar as relações para além dos ordenamentos locais e vislumbrar uma interlocução entre esferas jamais vista em tempos pretéritos. É a busca pela democracia substantiva e a concepção contemporânea de direitos humanos que ocasionam o rompimento de divisões entre direito constitucional e direito internacional.

2.3 O ROMPIMENTO DAS FRONTEIRAS: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO INTERNACIONAL APONTAM NA MESMA DIREÇÃO

A partir das experiências totalitárias do século XX, houve uma completa ressignificação dos institutos jurídico-políticos dos Estados, enaltecida por uma mudança de paradigmas, a qual acarretou na internacionalização dos direitos humanos e no processo de constitucionalização do direito internacional dentro de cada um desses Estados.

A partir da criação da ONU e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a proteção dos direitos humanos, cujo objetivo primário é a

dignidade da pessoa humana, passou a ser uma agenda global, envolvendo preocupações da comunidade internacional (daí faz todo o sentido falar em universalidade como um atributo da concepção contemporânea dos direitos humanos).

É neste momento que surge a chamada *Era dos Direitos*⁹⁹, cujo ponto de partida é o próprio indivíduo e cuja centralidade está direcionada à proteção dos direitos humanos. Nesse tom, a primazia da dignidade da pessoa humana toma conta, inclusive, das Constituições promulgadas, seja porque elas passam a conter um longo catálogo de direitos fundamentais, seja porque elas se abrem ao sistema internacional de direitos humanos. Em voto concorrente, o juiz da Corte Interamericana Ferrer Mac-Gregor esclarece:

The interaction between international and constitutional law is ineludible and their “communicating vessels” are becoming closer. On the one hand, the “internationalization” of various categories existing within the domestic sphere of constitutional States is evident, especially with international human rights treaties and the creation of universal and regional systems of protection, with the aim of ensuring that States effectively apply these international instruments. There is a shift from traditional “constitutional guarantees” to “conventional guarantees”, a process that has developed to a higher degree with the judgments issued by the international courts¹⁰⁰.

O paradigma jurídico tradicional não mais comportava o sistema jurídico vigente, isto é, aquele paradigma segundo o qual a Constituição ocupa o ápice da pirâmide na ordem jurídica, num sistema endógeno e auto-referencial. Passou-se a compreender que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota na atuação do Estado, numa “competência nacional exclusiva”¹⁰¹.

Assim, deixou-se de lado o hermetismo do direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e com uma abordagem estritamente normativa. O *State based approach*, marcado pela soberania absoluta do

⁹⁹ Expressão emprestada da obra de Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004).

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C, nº 220. Voto do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

¹⁰¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3-4.

Estado, é substituído por um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana.

Essa nova abordagem¹⁰² tem como características essenciais um trapézio, que substitui a antiga pirâmide¹⁰³, em que a Constituição e os tratados ocupam o ápice da ordem jurídica¹⁰⁴; um direito impuro e aberto, permeado pelo diálogo entre jurisdição interna e internacional; e o *Human rights based approach*, paradigma em que os direitos fundamentais, a soberania popular e a segurança do cidadão são os marcos essenciais no âmbito interno dos Estados¹⁰⁵.

O paradigma estatocêntrico é, nesse tom, revisitado, uma vez que se permite a inclusão de novos atores na arena jurídica¹⁰⁶, bem como se valoriza a abertura do Estado a outros sistemas, a exemplo dos sistemas normativos internacionais. Em paralelo ao redesenho do conceito de soberania e à superação do paradigma do *State based approach*, cresce, cada vez com mais força, a noção de que o indivíduo, enquanto sujeito de direito, deve ter seus direitos protegidos no âmbito internacional. Neste contexto, os direitos humanos correspondem, nas palavras de Dunshee de Abranches, ao:

¹⁰² PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC nº 19 – jan/jun. 2012, p. 68-71.

¹⁰³ Referência à pirâmide hierárquica proposta por Hans Kelsen, em que a Constituição ocupa o topo e todas as demais normas devem observar os preceitos constitucionais.

¹⁰⁴ Para Mariela Morales Antoniazzi, “*como modelo alternativo al constitucionalismo de base estatal, en el modelo de pluralismo constitucional coexiste un conjunto de ordenamiento jurídicos, en parte separados pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas. La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparte espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, con otras disposiciones*” (ANTONIAZZI, Mariela Morales. **El Estado Abierto Como Objetivo del Ius Constitucionale Commune**: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 01 set. 2017).

¹⁰⁵ Para Antônio Augusto Cançado Trindade, “na fase ‘legislativa’, de elaboração dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, os mecanismos de implementação simplesmente não teriam, com toda probabilidade, sido estabelecidos, se não se tivesse superado, gradativamente e com êxito, a objeção com base no chamado domínio reservado dos Estados. Este fator fez-se acompanhar dos graduais reconhecimentos e cristalização da capacidade processual internacional dos indivíduos, paralelamente à gradual atribuição ou asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais. O gradual reconhecimento pelos Estados da natureza subsidiária dos procedimentos internacionais de solução de supostas violações de direitos humanos contribuiu consideravelmente para tornar possível o progresso nesta área”. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 5.)

¹⁰⁶ JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. **Transnational Governance and Constitutionalism**. Portland: Hart Publishing, 2004.

(...) conjunto de normas substantivas e adjetivas do Direito Internacional, que tem por finalidade assegurar ao indivíduo, de qualquer nacionalidade, inclusive apátrida, e independente da jurisdição em que se encontre, os meios de defesa contra os abusos e desvios de poder praticados por qualquer Estado¹⁰⁷.

As práticas democráticas que se voltam à individualidade de cada ser humano, a fim de garantir-lhes igual tratamento na concepção Dworkiniana, só encontram espaço num sistema constitucional aberto e poroso, preocupado com a expansão da proteção à pessoa humana. Conforme Marcelo Figueiredo, “*structuring a society without human rights does appear to be unthinkable*”¹⁰⁸.

As lições de Cançado Trindade demonstram que há uma profunda ressignificação do direito constitucional, que passa a dialogar com maior proximidade com o direito internacional dos direitos humanos quando da abertura de suas fronteiras:

(...) no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, vêm socorrer os seres humanos que têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um ordenamento jurídico de proteção. O direito internacional e o direito interno aqui se mostram, desse modo, em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos¹⁰⁹.

Assim, só há democracia num contexto imerso pelos direitos humanos e vice-versa, o que marca a construção de um novo modelo de Estado de Direito, pautado na internacionalização dos direitos humanos e na constitucionalização do direito internacional¹¹⁰.

Para André de Carvalho Ramos, a constitucionalização do direito internacional consiste em um fenômeno que permite a assimilação, no âmbito internacional, de institutos outrora reservados ao direito constitucional, a

¹⁰⁷ ABRANCHES, Carlos Alberto Dunshee de. **Proteção internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 149.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. The universal natural of human rights: the Brazilian stance within Latin America's human rights scenario. In: ARNOLD, Rainer. **The universalism of human right, ius gentium: comparative perspectives on law and justice**. Springer, 2013, p. 81.

¹⁰⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

¹¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 401-404.

exemplo da criação de tribunais, proteção de direitos fundamentais, acesso direto de indivíduos aos sistemas¹¹¹, os quais se projetam numa dimensão supraestatal, de um verdadeiro constitucionalismo global.

A proximidade entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional eleva, portanto, a proteção do ser humano como *carro-chefe* e permite considerar o indivíduo em seu aspecto mais elementar, uma vez que é soberano interna e externamente, dotado, inclusive, de personalidade jurídica internacional que pode levar à responsabilização estatal por violações cometidas.

Este redesenho ganha contornos expressivos a partir da preocupação universal com a dignidade da pessoa humana que se dá a nível global, regional e também local. Tal mudança de paradigma exige, em âmbito local, uma receptividade dos tratados internacionais de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Surgem, então, as cláusulas de abertura nas Constituições contemporâneas, evidenciando o trapézio hierárquico e a força dos direitos e garantias fundamentais, que são significativamente ampliados quando dessa nova abordagem. É também por meio dessas cláusulas que a possibilidade do diálogo entre esferas nacionais e internacionais resta normatizada.

Na América Latina, esse processo foi tardio, uma vez que ocorreu somente após as ditaduras civis-militares. Apenas com a redemocratização dos países latino-americanos é que as preocupações se voltam aos indivíduos, as novas Constituições são promulgadas, contendo, muitas delas, as cláusulas de abertura, e aos tratados de direitos humanos são conferidos *status* hierárquicos diferenciados.

No caso do ordenamento jurídico pátrio, a Constituição de 1988¹¹² é permeada pela preocupação com a dignidade da pessoa humana, que figura como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu artigo

¹¹¹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 502.

¹¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

1º. No mesmo passo dos caminhos traçados internacionalmente, o indivíduo é sujeito de direito na sua acepção mais ampla, “nunca objeto de direito”¹¹³.

Enquanto no âmbito internacional, o documento normativo que simboliza essa mudança paradigmática é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no âmbito interno é a Constituição de 1988 que confere legitimidade à transição democrática, responsável por “desabrochar a tutela da pessoa humana na ordem jurídica pátria contemporânea”¹¹⁴.

De forma inédita, a dignidade da pessoa humana se apresenta, de maneira expressa no texto constitucional, como um fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil¹¹⁵. Para Luís Roberto Barroso, essa dignidade contém, em seu núcleo, três elementos essenciais: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário¹¹⁶. O valor intrínseco se refere ao *status* especial do ser humano no mundo; a autonomia tem relação com o direito de cada pessoa, como um indivíduo moral, livre e igual, de tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; e o valor comunitário trata-se da interferência do Estado social e legítima na determinação dos limites dessa autonomia.

O artigo 4º, por sua vez, estabelece os princípios que regem as relações internacionais do Brasil e, dentre eles, destaca-se a prevalência dos direitos humanos, presente no inciso II. Tal dicção simboliza a reinserção do Brasil na arena internacional, como bem aponta Flávia Piovesan¹¹⁷.

Esse nem sempre foi, contudo, o tom das preocupações do direito constitucional. Durante muito tempo, a essência desse estudo era voltada à organização do Estado, das suas fronteiras e das relações entre esse Estado e seus cidadãos. O foco agora é redirecionado aos indivíduos, “já que o Estado é

¹¹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 193.

¹¹⁴ FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do controle de convencionalidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016, p. 286.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O Sistema Constitucional Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, segunda parte, p. 258.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais. 2012, p. 127-196.

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 104.

feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado”¹¹⁸. A própria topografia constitucional¹¹⁹ evidencia essa mudança de enfoque, pois os direitos do indivíduo são os primeiros ali enunciados.

O título dos direitos e garantias fundamentais representa uma verdadeira recepção de direitos que já estavam devidamente consagrados no âmbito internacional, mesmo antes da ratificação dos principais tratados de direitos humanos pelo Estado brasileiro¹²⁰.

Aos artigos 1º, inciso III e 4º, inciso II, somam-se a cláusula de abertura da proteção a direitos e garantias advindos de tratados internacionais, contida no artigo 5º, §2º, e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, presente no artigo 5º, §1º da Constituição da República.

O artigo 5º, §2º coloca a Constituição de 1988 no mesmo patamar de tendências seguidas pelas Constituições Latino-Americanas mais recentes¹²¹, naquilo que diz respeito à prevalência dos direitos e garantias individuais, já alçados internacionalmente, que agora alcançam normatização também interna.

A despeito das controvérsias acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro¹²², adota-se aqui a posição de que os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º clamam pelo mesmo fim: a proteção máxima da dignidade da pessoa humana. Não poderia ser diferente, já que esse é o norte adotado pelo constitucionalismo contemporâneo, conforme previamente exposto.

Isso equivale afirmar que, por meio de uma interpretação conjunta e sistemática dos parágrafos do artigo 5º, o procedimento mais rigoroso de aprovação apresentado no parágrafo 3º (que adveio por meio da Emenda Constitucional nº 45) visa reforçar a legitimação democrática dos tratados,

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 30.

¹¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 99-100.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O Sistema Constitucional Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, segunda parte, p. 258.

¹²¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 407.

¹²² Sobre o tema, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

garantindo nível constitucional a esses instrumentos, tanto formal quanto materialmente¹²³.

Importante mencionar que a tese atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343¹²⁴ representa uma decisão paradigmática, uma vez que elevou a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio de forma inédita¹²⁵.

Contudo, ao trazer à baila a supralegalidade (mas infraconstitucionalidade) dos tratados de direitos humanos incorporados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45, o referido julgado se mostra, no mínimo, problemático.

Conforme bem expõe Flávia Piovesan¹²⁶, essa lógica não se coaduna a uma hermenêutica emancipatória dos direitos, além de relegar os direitos humanos a uma posição secundária, nas palavras de Ingo Sarlet¹²⁷, criando uma duplicidade de regimes jurídicos, nos termos propostos por Valério Mazzuoli¹²⁸.

Na tônica dos diálogos e das aproximações das ordens nacionais e internacionais (que não se sobrepõem umas às outras), defende-se aqui que

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 95.

¹²⁴ “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 dez. 2008. DJ 05 jun. 2009).

¹²⁵ PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 138.

¹²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 138.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 105.

¹²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 386.

os tratados de direitos humanos vêm a expandir o bloco de constitucionalidade¹²⁹ e o rito previsto no parágrafo 3º do artigo 5º apenas reforça essa imperatividade. Assim, reconhece-se a aplicabilidade do princípio *pro persona*, vale dizer, da norma mais favorável ao sujeito de direito, seja ela nacional ou internacional.

Nesta singra, nota-se uma modificação substancial da forma que se enxerga um documento constitucional, pois, quando o Estado se compromete com a proteção de direitos perante a ordem jurídica internacional, “seu ordenamento torna-se permeável, suas instituições assumem compromissos maiores e autorreferência cede lugar a uma experiência jurídica aberta ao diálogo entre jurisdições”¹³⁰.

Da mesma forma, o sistema internacional é alimentado de sentido pelos constitucionalismos contemporâneos, os quais acabam por conter normas e decisões muitas vezes ainda mais protetivas do que aquelas enunciadas em âmbito internacional.

A democracia internacional tem ainda muito que aprender com as democracias dos ordenamentos jurídicos nacionais, especialmente porque é nestes âmbitos internos que os indivíduos têm maiores oportunidades de expressar suas vozes e opiniões, pelos mais variados instrumentos que permitem a participação popular, para além do voto. Ainda, o sistema internacional é marcado pela subsidiariedade e, via de regra, só é acessado após o esgotamento dos recursos internos¹³¹.

Em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, um dos claros exemplos é o rol extenso de direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição brasileira de 1988, os quais, em muitos temas, são mais específicos do que o rol previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹²⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas**: a relação do direito brasileiro com o direito internacional. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 71.

¹³⁰ FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do controle de convencionalidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016, p. 284.

¹³¹ Há exceções ao esgotamento dos recursos internos, a exemplo do que prevê o artigo 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ainda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se vale, com frequência, de decisões internas de Tribunais Constitucionais latino-americanos, a exemplo do que fez no caso *Gelman vs. Uruguai*¹³², quando referenciou decisão paradigmática da Corte Constitucional da Colômbia¹³³, bem como de demais Estados latino-americanos.

Normas internas e internacionais caminham, portanto, no mesmo sentido, dialogando com bastante proximidade¹³⁴, o que significa que uma violação desses direitos pode acarretar tanto em responsabilização nacional, quanto internacional¹³⁵. O modelo constitucional doméstico é pautado, por conseguinte, em valores que alçam o ser humano a uma posição de centralidade e a relação de interdependência e conexão entre democracia, Estado de Direito e direitos humanos não poderia restar mais clara, dando azo a um autêntico diálogo entre cortes.

¹³² Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gelman vs. Uruguai**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, nº 221.

¹³³ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-141 de 2010.

¹³⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 402.

¹³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 40.

3 DIÁLOGOS ENTRE CORTES PARA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Por meio da conjugação entre democracia e direitos humanos, o que possibilita a abertura das portas do direito constitucional e permite uma revolução do sistema internacional a partir das experiências nacionais, avulta-se uma *nova ordem pública*¹³⁶ internacional, essencialmente voltada à dignidade da pessoa humana e ao princípio *pro persona*¹³⁷.

Essa *nova ordem pública* tem como função precípua traçar um caminho por meio do reconhecimento de uma gama de princípios no âmbito internacional, os quais são construídos e reconstruídos a partir da atuação dos indivíduos inclusive em nível local, que condicionam as práticas singulares de cada um dos Estados e acabam por impactar em toda a comunidade internacional¹³⁸.

O denominador comum dos sistemas jurídicos corresponde aos princípios de proteção dos direitos humanos, do Estado de Direito e da democracia, os quais funcionam como um verdadeiro guia ao exercício do poder público. O *Human rights based approach* possibilita uma reconstrução pautada em novos contornos dogmáticos que condicionam a reconstrução desses sistemas, sendo que a autoridade pública não mais exclusiva do Estado soberano, mas sim compartilhada pelos indivíduos que atuam, também, em âmbito supranacional.

Esse contexto de abertura e permeabilidade, por meio do qual os documentos constitucionais se comprometem com a proteção de direitos perante a ordem jurídica internacional e esta ordem se abre também à comunicabilidade em relação aos demais sistemas, propicia os diálogos entre os mais variados ordenamentos, sejam eles nacionais ou internacionais.

¹³⁶ Expressão emprestada da obra: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

¹³⁷ FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do controle de convencionalidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016, p. 285.

¹³⁸ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 25.

3.1 NOVA ORDEM PÚBLICA: UM PANORAMA GERAL DOS DIÁLOGOS

Para que se possa falar em diálogo é preciso partir de alguns pressupostos essenciais. O primeiro deles é a abertura e o interesse em compartilhar ideias, ainda que diferentes. Além disso, há que se conversar num mesmo idioma, mesmo que com *sotaques* variados (os quais, inclusive, fornecem a vivacidade maior dos diálogos). Por fim, é preciso que haja, de fato, um intercâmbio de ideias, uma verdadeira conversa; do contrário, está-se diante de um monólogo e não de um diálogo.

Somente a partir dessas premissas, é possível conceber uma pluralidade de ordenamentos jurídicos¹³⁹, todos preocupados com uma mesma *gramática jurídico-constitucional*¹⁴⁰, ao mesmo tempo em que devem permanecer as peculiaridades histórico-culturais de cada um dos sistemas que integram essa comunidade internacional¹⁴¹.

Esses sistemas jurídicos plurais¹⁴² se permitem dialogar em razão do panorama de fundo comum a todos eles, o qual tem vez com a mudança de paradigma, ou seja, a partir do *Human rights based approach* e das normas que advêm dos ordenamentos internacionais. Essa interação é pautada na convivência entre esses sistemas, todos ordenados no estabelecimento de uma coerência de *valores humanistas*¹⁴³, os quais ocupam, cada vez mais, uma posição de centralidade nos ordenamentos jurídicos.

¹³⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas**: a relação do direito brasileiro com o direito internacional. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Assim Designada Proibição de Retrocesso Social e a Construção de um Direito Constitucional Comum Latino-Americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 531.

¹⁴¹ Para Tom Bingham, é possível falar numa base axiológica comum nos casos em que estão presentes o direito à vida, a proibição da tortura, a proibição da escravidão e do trabalho forçado, a liberdade e segurança, o direito ao devido processo legal e um julgamento justo conforme a lei, o princípio da legalidade, o respeito pela vida privada, a liberdade de pensamento, a consciência e religião, a liberdade de expressão, a liberdade de associação, o direito ao casamento e a não discriminação no gozo desses direitos. (BINGHAM, Tom. **The Rule of Law**. London: Penguin Books, 2011. p. 68-83.)

¹⁴² ANTONIAZZI, Mariela Morales. **El Estado Abierto Como Objetivo del Ius Constitutionale Commune**: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 01 set. 2017.

¹⁴³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 258.

O que se percebe, ao fim e ao cabo, é a persecução de objetivos comuns por parte tanto da ordem internacional, quanto dos sistemas nacionais. Nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, nota-se a “manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o Direito Internacional e o Direito interno quanto à proteção da pessoa humana”¹⁴⁴.

Para Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem, esse entrelaçamento das esferas do direito internacional e doméstico impacta de maneira profunda a estrutura de ambos, haja vista novo papel desempenhado pelas cortes constitucionais, as quais operam numa zona mista, nem totalmente nacional nem totalmente internacional¹⁴⁵. Nas palavras dos autores:

As práticas de consulta ao direito estrangeiro por cortes constitucionais, da operacionalização doméstica do direito internacional e da crescente interdependência global, em meio à expansão material dos direitos humanos e ampliação do judiciário internacional, elevaram o tema da influência mútua entre sistemas jurídicos ao patamar de um dos maiores desafios para o Direito no século à frente¹⁴⁶.

Esta concepção dialógica engloba três diferentes perspectivas: o diálogo entre o sistema internacional e os sistemas internos, entre os próprios subsistemas internacionais ou, ainda, a troca de ideias entre os ordenamentos jurídicos internos dos mais diversos Estados¹⁴⁷.

¹⁴⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. São José da Costa Rica, 1996. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em: 06 set. 2016.

¹⁴⁵ NOLLKAEMPER, André. **Domestic Courts and the Rule of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 01.

¹⁴⁶ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016, p. 250.

¹⁴⁷ Flávia Piovesan fala em três dimensões de diálogos, quais sejam: o diálogo entre as jurisdições regionais (*cross cultural dialogue* entre as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos); o diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais; e o diálogo entre as jurisdições constitucionais (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 394).

Esse sistema multinível¹⁴⁸ pode ser denominado de diferentes formas, a depender dos ângulos que se adotam e também dos marcos teóricos que são considerados. Para Anne-Marie Slaughter, as comunicações transjudiciais (ou fertilizações cruzadas) podem ser verticais, horizontais ou mistas, sendo estas últimas aquelas que combinam relações verticais e horizontais¹⁴⁹.

As redes verticais são marcadas pela imposição (*enforcement*), as quais podem operar também como redes de harmonização, aproximando as regras nacionais das regras supranacionais¹⁵⁰. Isso se verifica no diálogo entre uma corte constitucional latino-americana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando, por exemplo, percebe-se um ato soberano estatal de sujeição à autoridade da Corte, por meio do cumprimento de uma determinação que adveio do Sistema Interamericano.

As redes horizontais, por sua vez, compõem uma ordem mundial desagregada, a qual inclui agentes públicos encarregados da proteção e aplicação dos direitos humanos. Ela se verifica, por exemplo, na relação entre cortes constitucionais, as quais estão predispostas ao choque com outras cortes, “como parte inerente do engajamento como iguais em um projeto comum”¹⁵¹.

Os diálogos verticais-horizontais¹⁵² são aqueles em que o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno guardam relação de complementaridade ou integração. Nesse sentido, ainda que exista um vínculo

¹⁴⁸ Manuel Eduardo Góngora-Mera utiliza a expressão “sistema judicial multinível”, mas adota-se neste trabalho apenas a terminologia “sistema multinível”, pois entende-se que o termo “judicial” reduz a potencialidade dos diálogos, que não ocorrem apenas no bojo de processos judiciais. (GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. *Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo*. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 316.)

¹⁴⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. **The typology of transjudicial communication**. *University of Richmond Law Review*, 1994, p. 99-137.

¹⁵⁰ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016, p. 256.

¹⁵¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 87.

¹⁵² ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 271.

jurídico e uma relação de assimetria entre os órgãos que participam do diálogo, ambos se retroalimentam por meio de suas decisões e interpretações. Conforme Valério Mazzuoli, essa forma de diálogo, que para ele pode ser denominada de diálogo horizontal já que não há imposição, pode ser também um “rogatório de integração”¹⁵³ quando busca suprimir as lacunas apresentadas no direito interno.

Laurence Burgorgue-Larsen divide os diálogos em duas categorias distintas: o diálogo concertado e o diálogo desenfreado. No diálogo concertado, há um sistema jurídico definido e um conjunto de obrigações processuais específicas, as quais advêm do sistema internacional e passam a obrigar os juízes a conversarem¹⁵⁴. Ou seja, há uma verticalidade e uma imposição que obriga ou induz o diálogo.

O diálogo desenfreado, por outro lado, não está ligado a um sistema específico, mas sim resulta de uma abertura espontânea por parte dos juízes ao mundo da justiça em sua globalidade internacional¹⁵⁵. Dessa forma, há um diálogo independente do âmbito em que esses juízes estão inseridos, seja ele nacional ou internacional, bem como independente da especialidade daqueles que se propõem a dialogar. Nestes casos, o diálogo pode ser tanto horizontal (por exemplo, duas cortes nacionais ou duas cortes internacionais dialogando entre si), como vertical (entre uma jurisdição nacional e uma jurisdição internacional, quando nenhum sistema os induz a manter tais práticas)¹⁵⁶.

Virgílio Afonso da Silva, a seu turno, compreende que os diálogos podem se dar a partir de uma integração institucional-legal ou argumentativa¹⁵⁷. A integração jurídica pode ser institucional-legal, a exemplo do que ocorre na União Europeia, marcada pela existência de legislação, jurisdição e instituições

¹⁵³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 154.

¹⁵⁴ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 234.

¹⁵⁵ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 234.

¹⁵⁶ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 253.

¹⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530.

comuns. Já na América Latina, é possível falar numa integração argumentativa, baseada na mútua referência entre os Estados e que pressupõe, quando muito, realidades sociais, econômicas e culturais semelhantes¹⁵⁸. É este segundo modelo de integração que valoriza, sobretudo, a relevância dos diálogos constitucionais e transnacionais¹⁵⁹.

Já Marcelo Neves propõe a terminologia *transconstitucionalismo*, a qual congrega elementos tanto do diálogo horizontal, quanto do diálogo vertical. Para o autor, essa forma de diálogo tem relação com problemas que perpassam por mais de uma ordem jurídica, daí a necessidade de dialogar para buscar uma solução comum¹⁶⁰.

Na visão do autor, trata-se de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos: entre direito internacional público e direito estatal, entre direito supranacional e direito estatal, entre ordens jurídicas estatais, entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extra-estatais¹⁶¹.

¹⁵⁸ SILVA, Vírgilo Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 517.

¹⁵⁹ As terminologias para os diálogos são as mais variadas e nem sempre são empregadas como sinônimos, já que apresentam, muitas vezes, compreensões distintas acerca do fenômeno dialógico. Apenas a título exemplificativo, pode-se citar: o constitucionalismo global, as redes horizontais de colaboração, a interconstitucionalidade, a meta constitucionalidade recíproca, os influxos e as leituras simultâneas, o normativismo supracional ou, ainda, o tranconstitucionalismo (ANTONIAZZI, Mariela Morales. **El Estado Abierto Como Objetivo del Ius Constitutionale Commune**: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 01 set. 2017. Tradução livre). Pode-se mencionar, ademais, os termos: comparações interestatais, comunicação trans-judicial, fertilização constitucional cruzada, coordenação interjudicial, empréstimos constitucionais ou diálogo transjudicial (DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016, p. 250). Ademais, fala-se em constitucionalismo multinível, pluralismo constitucional, cross-constitucionalismo ou constitucionalismo transnacional (RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 499).

¹⁶⁰ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica**: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 255.

¹⁶¹ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica**: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 255-284.

Nesse *sistema multicêntrico*, nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como possuidora da *ultima ratio* discursiva¹⁶². No âmbito específico dos direitos humanos, Marcelo Neves propõe a coexistência das diversas ordens jurídicas a partir de um “transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões”¹⁶³.

Jullie Allard e Antonie Garapon falam de um *comércio entre juízes*, que ocorre por meio de uma soberania compartilhada que exprime o desejo dos próprios Estados-membros e é, em parte, cedida ao órgão supranacional que reflete essa vontade soberana. Para os autores, essa comunicação entre juízes pode tomar formas diversas, desde a relação vertical, no caso de um tribunal supranacional, até a relação horizontal ou coordenação operacional¹⁶⁴.

Nesse contexto, marcado por um mundo globalizado, em que não mais se admite uma visão estritamente nacional do direito, o que induz a uma internacionalização dos sistemas e dos comportamentos jurídicos nacionais, o diálogo entre jurisdições permite com que juízes e cortes sejam levados a se abrirem a outros universos sistemáticos¹⁶⁵, num constante intercâmbio de decisões¹⁶⁶.

Na visão que aqui se adota de diálogo não há que se falar em autoridade hierárquica, na medida em que “prevalece a lógica da coordenação e da coexistência de interesses”¹⁶⁷ e não uma obrigatoriedade de uma tese ou fonte sobre a outra, ainda que na relação entre os âmbitos internos e

¹⁶² NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 269-270.

¹⁶³ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 272.

¹⁶⁴ ALLARD, Jullie; GARAPON, Antonie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**. Lisboa: Editora do Instituto Piaget, 2005, p. 19.

¹⁶⁵ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 231-264.

¹⁶⁶ ALLARD, Jullie; GARAPON, Antonie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**. Lisboa: Editora do Instituto Piaget, 2005, p. 19.

¹⁶⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130.

internacionais¹⁶⁸. Para Humberto Nogueira Alcalá, “*el diálogo transjudicial implica libertad, apertura, equilibrio, persuasión, ausencia de visión hegemónica*”¹⁶⁹.

É nesse diapasão que Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem defendem um processo caracterizado pela interação entre cortes dialogantes, pela construção voluntária de novos canais de troca e pela preocupação de magistrados com a contextualização de suas interpretações acerca dos direitos humanos¹⁷⁰.

A internacionalização dos diálogos é também marcada por duas características importantes. Em primeiro lugar, os diálogos não produzem, necessariamente, concordância; ao revés, podem gerar a oposição, a contradição e a discórdia¹⁷¹. Nestes casos, não há que se falar em ausência de diálogo, pois a lógica é que os tribunais usem as decisões de outros tribunais para afastar a sua aplicação no caso em tela.

André de Carvalho Ramos registra que, neste contexto de ordens plurais, é plenamente possível o *choque de placas tectônicas*¹⁷². Para o autor, a existência de incoerências e contradições entre normas e decisões pode representar um catalisador para a evolução hermenêutica¹⁷³. Destarte, a comparação recíproca e o diálogo, ainda que resultem em resultados opostos,

¹⁶⁸ Consoante destaca Víctor Bazán, no âmbito do Sistema Interamericano “... *la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellos, sino a una conexión cooperativa en la hermenéutica pro homine de los derechos humanos*” (BAZÁN, Víctor. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera. (Coord). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 560).

¹⁶⁹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 271.

¹⁷⁰ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016, p. 251.

¹⁷¹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 233.

¹⁷² RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 514.

¹⁷³ RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos na integração econômica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 458.

possibilitam um refinamento na interpretação normativa, o que é, por Ramos, definido como *fertilização cruzada*.

Em segundo lugar, os diálogos não se reduzem à bilateralidade, mas se desenvolvem entre mais de dois juízes, podendo ser multidimensionais¹⁷⁴. Trata-se de um horizonte em que a totalidade do sistema é obtida justamente a partir da intersecção da pluralidade de estruturas normativas diversas, mas com um pano de fundo comum. Direito interno e internacional se somam e passam a compor essa pluralidade, ao passo que os ordenamentos jurídicos deixam de estar hermeticamente fechados e fazer somente auto-referência, cedendo espaço para ordenamentos policêntricos¹⁷⁵.

Essas interlocuções têm por fim maior o alcance de uma sociedade mais democrática e o fortalecimento dos direitos humanos, até porque ambos se somam e, à medida que um cresce, o outro se consolida ainda mais e vice-versa. Faz-se mister lembrar, então, que a concepção democrática, nos termos adotados nesta pesquisa, requer do Poder Judiciário uma atuação forte na proteção dos direitos humanos. Outrossim, a concepção contemporânea de direitos humanos, também na forma previamente exposta, carrega consigo um elemento fundamental, qual seja a concretização da igualdade, por meio da coerência e integridade das decisões.

Para André de Carvalho Ramos, no campo da harmonia no que concerne aos efeitos da pluralidade de ordens jurídicas, é possível mencionar o uso argumentativo da *ratio decidendi* internacional “para fundamentar a decisão nacional, incrementando seu poder de convencimento, especialmente útil nas rupturas hermenêuticas promovidas pelos Tribunais nacionais”¹⁷⁶. Verifica-se a expansão dos horizontes comparativos à disposição dos juízes, os quais se veem compelidos a fundamentarem suas decisões com base, também, no

¹⁷⁴ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 233.

¹⁷⁵ CAVALLLO, Gonzalo Aguilar. Emergencia y Consolidación de un Derecho Americano de los Derechos Humanos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 402.

¹⁷⁶ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 505.

direito construído por cortes internacionais e de outros países, especialmente naquilo que tem relação com os direitos humanos.

Nessa toada, um juiz restrito às suas decisões e aos códigos se encontra fora de um ambiente de circulação de ideias que, inclusive, transcende os territórios dos estados nacionais. Essas noções limitadas podem partir da cabeça de um único magistrado, de uma única corte ou, ainda, de cortes de um único país¹⁷⁷. Conforme Miguel Carbonell, “perdemos todos (juízes, litigantes, acadêmicos, cidadãos) quando temos tribunais constitucionais incapazes de manter um diálogo com a jurisprudência de outras latitudes”¹⁷⁸. Assim, para além das normas do seu próprio país, os juízes são convidados a uma constante interação com outros países e também com as cortes internacionais, a fim de melhor legitimarem suas decisões.

É o caso, por exemplo, da derrubada da obrigatoriedade do diploma de jornalista para o exercício da profissão de jornalismo. A ação civil pública foi julgada no final de 2009 pelo STF¹⁷⁹, oportunidade em que a corte deliberou no sentido de que a referida obrigatoriedade é incompatível com as liberdades de profissão, de expressão e de informação, já que violava a Constituição (artigos 5º, incisos IX e XIII, e 220), mas também o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁸⁰.

Mister enaltecer, contudo, a posição de André de Carvalho Ramos, para quem não basta buscar uma harmonia entre cortes sem explicitar a maneira pela qual o diálogo deverá ser realizado¹⁸¹. É necessário que quatro parâmetros sejam preenchidos para que então se possa falar em diálogo: a) menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou

¹⁷⁷ CONCI, Luiz Guilherme. **Por que os juízes devem dialogar com outros juízes estrangeiros ou internacionais?** Disponível em: <<http://justificando.com/2016/01/27/por-que-os-juizes-devem-dialogar-com-outros-juizes-estrangeiros-ou-internacionais/>> Acesso em: 23 jul. 2017.

¹⁷⁸ CARBONELL, Miguel. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera. (Coord). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 613.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 511.961-SP, Recorrente: Ministério Público Federal e outro, Recorrido: União e outro. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 jun. 2009. DJ 12 nov. 2009.

¹⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinião Consultiva nº 5 de 1985**.

¹⁸¹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 515.

extraconvencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema; b) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto do conflito e as consequências disso reconhecidas pelo tribunal; c) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto do conflito de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; d) peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional¹⁸².

Marcelo Neves também propõe esboços de uma metodologia do *transconstitucionalismo*, defendendo que se tenha em conta a reconstrução permanente da identidade constitucional por força de uma consideração permanente da alteridade. Ou seja, deve haver uma prontidão para uma abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outras ordens entrelaçadas em casos concretos¹⁸³.

Importante frisar que no contexto da pluralidade de ordens jurídicas, impossível falar em apenas um método que dê conta de todas as formas de diálogo previamente mencionada, e tantas outras que não serão sequer cogitadas neste trabalho, por falta de espaço para tanto. A variedade de métodos, todavia, não retira a sua importância, uma vez que uma metodologia adotada permite construir pontes de transição que possibilitam a articulação de princípios e regras em face de problemas comuns¹⁸⁴.

Em que pese alguns estudiosos, especialmente do contexto norte-americano pós ataques de 11 de setembro e na busca de fortalecer a autoridade da Suprema Corte dos EUA, entendam que o diálogo transnacional e o uso de precedentes estrangeiros ampliam a liberdade de escolha dos juízes¹⁸⁵, não é este o entendimento aqui acolhido.

Pelo contrário, os diálogos devem funcionar como uma técnica de restrição da discricionariedade da atuação mais substancial do Poder Judiciário. Os parâmetros acima expostos exigem que o órgão judicial

¹⁸² RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 515.

¹⁸³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 272.

¹⁸⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 277.

¹⁸⁵ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 331.

reconheça a incidência de normas internacionais no caso em tela, identifique casos em trâmite perante o sistema internacional, numa perfeita coerência e harmonia, e requerem um esforço argumentativo por parte daquele que decide a fim de que convença as partes (e a sociedade) dos motivos pelos quais contrariou, eventualmente, a interpretação internacional pertinente.

No evento “O Direito Internacional dos Direitos Humanos em Face dos Poderes Judiciais Nacionais”, organizado pelo STF e pelo CNJ no dia 08 de junho de 2016, o ministro do STF Luiz Edson Fachin enfatizou a importância do diálogo entre cortes e sugeriu que as decisões judiciais nacionais levem em conta os quatro parâmetros supramencionados. Conforme o ministro, cabe ao Poder Judiciário fazer valer a prevalência dos direitos humanos, garantindo sua eficácia imediata e dando a máxima publicidade aos compromissos firmados internacionalmente pelo Brasil em um ambiente de interação democrática entre os poderes¹⁸⁶.

Da mesma forma, e partindo do pressuposto que o diálogo é uma via de mão-dupla, os juízes internacionais também são convidados a fazer uso da melhor jurisprudência das cortes nacionais, bem como de legislações internas, para fortalecer suas decisões. André de Carvalho Ramos cita o caso *Goodwin vs. Reino Unido*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Neste caso, que envolvia direitos decorrentes da mudança de sexo e seus efeitos jurídicos, a Corte se valeu de legislações da Holanda, Itália e Turquia que reconheciam inúmeros direitos aos transexuais¹⁸⁷.

É neste diapasão que a Corte Interamericana também já referenciou decisões e legislações internas em suas decisões¹⁸⁸. O caso *Gelman vs.*

¹⁸⁶ CONJUR. **Fachin sugere diálogo entre tratados internacionais e leis brasileiras**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-13/fachin-sugere-dialogo-entre-tratado-internacional-lei-brasileira>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

¹⁸⁷ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 510.

¹⁸⁸ Para o juiz Sergio García Ramírez, “*la armonización del ordenamiento continental sobre derechos humanos, en defensa de éstos, debiera ser el fruto de un diálogo con signo tutelar hacia el que fluyan las aportaciones de la jurisdicción internacional y de la jurisdicción nacional. La construcción del corpus juris y sus aplicaciones es el producto del pensamiento colectivo, expresión a su vez, de convicciones, valores, principios y trabajos compartidos. Todos concurren a definir y consolidar las definiciones de la cultura común en materia de derechos humanos. De ahí que sean altamente bienvenidas, por parte de un tribunal internacional, las reflexiones de un tribunal interno*”. (Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador**. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C, nº 171. Voto do juiz Sergio García Ramírez).

*Uruguai*¹⁸⁹, ao tratar da questão democrática e do tema das leis de anistia, fez expressa referência a decisões da Corte Colombiana, a fim de esclarecer que a democracia não se reduz ao governo das majorias. Ademais, em outros momentos nesta mesma sentença, a Corte faz menção a diversas decisões de outros países latino-americanos e também europeus.

Nessa lógica multidimensional, há diálogo também entre as cortes regionais. Um exemplo é a crescente tendência dialógica entre as Cortes Interamericana e Europeia, o que gera os fenômenos da “interamericanização do sistema regional europeu” e da “europeização do sistema regional interamericano”¹⁹⁰, nas palavras de Flávia Piovesan.

Outrossim, a interlocução entre cortes constitucionais da América Latina, ou seja, os diálogos horizontais apresentam também a potencialidade de racionalizar o exercício da jurisdição constitucional, mormente quando da efetivação de direitos humanos, num contexto de problemas que são comuns na região e na busca de um *ius commune* latino-americano. Na concepção de Marcelo Figueiredo, há um cenário, na América Latina, que aponta para unificação e para criação de um direito supranacional¹⁹¹ uma vez que as Constituições latino-americanas se mostram dispostas ao desejo de uma plena integração, criando um verdadeiro *direito comum de cooperação*¹⁹².

Essa abertura tem vez a partir dos empréstimos ou da migração de ideias constitucionais. Para Virgílio Afonso da Silva, trata-se de um livre fluxo de ideias, critérios interpretativos e teorias no âmbito de uma determinada região. Como parte-se de uma perspectiva livre e multilateral, o debate não se resume à vinculação de instâncias nacionais e internacionais, tampouco à hierarquia das normas (integração institucional-legal). Ao revés, os tribunais

¹⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, nº 221.

¹⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 389.

¹⁹¹ FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 153.

¹⁹² HABERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 12.

“aproximam-se por meio de uma aproximação no discurso jurídico”¹⁹³, independente da existência de instituições formais comuns ou semelhantes, repercutindo num verdadeiro diálogo entre cortes (integração argumentativa).

O foco neste trabalho, contudo, é o diálogo entre as cortes constitucionais da América Latina e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com especial atenção ao caso brasileiro, sem deixar de lado, por óbvio, as redes horizontais que retroalimentam o Sistema e os órgãos que o compõem, todas questões que serão exploradas na sequência.

3.2 O DIÁLOGO COM O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Uma das modalidades de diálogo que merece destaque, especialmente tendo em vista o objeto da presente pesquisa e o contexto em que o Brasil está inserido, é o diálogo entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mais especificamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e as cortes no Brasil.

Nas terminologias adotadas nesta pesquisa, este diálogo pode apresentar atributos tanto verticais como horizontais. Será vertical caso decorra de uma imposição por parte da Corte Interamericana, haja vista vínculo jurídico existente, em relação a uma corte nacional. Será horizontal quando houver diálogo entre ambas as esferas, as quais, embora em planos diferentes (internacional e nacional) se comunicam não em decorrência de uma determinação advinda de uma autoridade superior, mas sim a partir de uma livre e espontânea vontade dos órgãos.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer de forma breve do que se trata o Sistema Interamericano, quais são suas origens e no que pode e tem contribuído à consolidação das democracias e dos direitos humanos nas Américas. Nesse sentido, há que se falar numa peculiaridade¹⁹⁴ que envolve o

¹⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 522.

¹⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos**,

contexto de criação deste Sistema: como a maioria dos países da América Latina encontrava-se sob a égide de regimes antidemocráticos à época, não havia qualquer possibilidade de associação direta entre democracia, Estado de Direito e direitos humanos¹⁹⁵.

Portanto, o processo de redemocratização em toda a América Latina é fortalecedor do Sistema Interamericano, além de verdadeiro estímulo à incorporação de tratados e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez que, somente a partir do restabelecimento das democracias é que a “organização política dos Estados de Direito reaproximou-se do compromisso de proteção e efetivação desses direitos”¹⁹⁶.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto por dois regimes: um baseado na Carta da OEA¹⁹⁷, cujo órgão de salvaguarda é a Comissão Interamericana, e outro fundamentado na Convenção Americana¹⁹⁸, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a qual compreende a mesma Comissão e a Corte Interamericana.

Os antecedentes do Sistema são marcados pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, bem como por outros instrumentos jurídicos que o precederam. O período de formação do Sistema propriamente dito surge com a criação da Comissão e com o gradual aumento de suas competências. O Sistema é, então, consolidado a partir da entrada em

Democracia e Integração Jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 336.

¹⁹⁵ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC nº 19 – jan/jun. 2012, p. 73-74.

¹⁹⁶ RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Controle de Convencionalidade no Brasil. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, v. 7, Curitiba: PGE, 2016, p. 189-190.

¹⁹⁷ Até o ano de 2017, 35 países das Américas ratificaram a Carta da OEA e são membros da organização: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, El Salvador, Equador, Estados Unidos da América, Grenada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Saint Kitts e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai, Venezuela. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/>>. Acesso em: 30 set. 2017.

¹⁹⁸ Até o ano de 2017, 25 países ratificaram a CADH: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Equador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai, Venezuela. Trinidad e Tobago e Venezuela, contudo, denunciaram a CADH, em 1998 e 2012, respectivamente. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

vigor da Convenção Americana, em 1978¹⁹⁹, e vive sua fase de aperfeiçoamento por meio do surgimento de novos tratados, além da importante jurisprudência desenvolvida pela Corte²⁰⁰.

O preâmbulo da Convenção Americana já demonstra claramente suas intenções, no sentido de que os Estados que a ratificaram reafirmam seu propósito de consolidação de um regime de liberdade pessoal e justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos e dentro de um arcabouço de instituições democráticas, na América Latina. O que se busca por meio desse instrumento é, ao fim e ao cabo, estabelecer um regime de proteção internacional dos direitos humanos, de forma a complementar o que oferecem os ordenamentos jurídicos internos dos Estados²⁰¹.

A Convenção Americana reconhece e garante um catálogo generoso de direitos civis e políticos, entre os quais se destacam: o direito à personalidade jurídica; o direito à vida; o direito a não ser submetido à escravidão; o direito à liberdade; o direito a um julgamento justo; o direito à compensação em caso de erro judiciário; o direito à liberdade de pensamento e expressão; o direito à resposta; o direito à liberdade de associação; o direito ao nome; o direito à nacionalidade; o direito à liberdade de movimento e residência; o direito de participar do governo; o direito à igualdade perante a lei; o direito à proteção judicial²⁰².

¹⁹⁹ Com a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, que se reuniu em São José da Costa Rica, foi aprovado o texto da Convenção Americana em 21 de novembro de 1969. É somente a partir da entrada em vigor do documento, contudo, após onze ratificações, em 1978, que ocorre a institucionalização convencional do Sistema Interamericano. (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 119).

²⁰⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 107-108.

²⁰¹ GODINHO, Fabiana de Oliveira. **Coleção para entender: a proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 93-94.

²⁰² PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 338.

Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, o artigo 26²⁰³ é o único dispositivo da Convenção Americana que a eles se referencia, determinando que os Estados-partes devem se comprometer a adotar providências a fim de assegurar progressivamente a plena efetividade desses direitos, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

É o Protocolo de San Salvador, adotado em 1988 e cuja entrada em vigor data de 1999, que se volta especificamente aos direitos econômicos, sociais e culturais. No entanto, o fato de a aprovação do referido Protocolo ter se dado após quase 20 anos da adoção da Convenção Americana e o número inferior de ratificações²⁰⁴ revelam as ambivalências e resistências dos Estados em relação à proteção desses direitos²⁰⁵.

O âmbito regional representa uma proteção subsidiária e complementar daquela oferecida no âmbito interno dos Estados, uma vez que opera de forma independente das instâncias nacionais. Na hipótese de não resolução do caso internamente, a Convenção Americana contempla um nível regional, que opera inicialmente em uma instância *semijudicial* a cargo da Comissão, sendo que alguns casos podem ser enviados à Corte²⁰⁶.

A Comissão oferece amparo aos indivíduos que tenham sofrido violações de seus direitos, por meio do direito de petição disponibilizado diretamente a esses indivíduos, e possibilita aos Estados um fortalecimento de suas leis e instituições visando à proteção dos direitos humanos. Já a Corte é

²⁰³ Art. 26 da CADH: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

²⁰⁴ Até o ano de 2017, 16 países das Américas ratificaram o Protocolo de San Salvador: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvadorat.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 339.

²⁰⁶ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 312-313.

uma instituição judicial autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção. O Brasil aprovou a Convenção em 1992 e ela entrou em vigor no mesmo ano; a jurisdição da Corte, todavia, só passou a ser reconhecida a partir de 1998.

Em sua jurisdição contenciosa, a Corte só pode ser provocada pela Comissão ou pelos Estados-partes que aceitem expressamente a sua jurisdição²⁰⁷. As decisões dos juízes podem fazer cessar uma situação de lesão aos direitos protegidos pela Convenção ou mesmo buscar a suspensão de uma norma que viole os dispositivos da Convenção, exercendo um controle de convencionalidade dos ordenamentos jurídicos domésticos, em face da Convenção. Isso pode ser feito ainda de forma preventiva, por meio da jurisdição não-contenciosa (consultiva)²⁰⁸ da Corte.

Ao buscar o fim de violações de direitos humanos, a Corte ainda pode determinar medidas de reparação, de cunho monetário ou não, ou, ainda, reparações simbólicas, bem como medidas preventivas, alterações legislativas, investigação e sanção dos responsáveis pelas violações. Segundo Oscar Vilhena Vieira, é justamente nesse aspecto que ocorre um dos pontos de maior proximidade entre o Sistema Interamericano e os sistemas domésticos, haja vista disposição do artigo 68.2 da Convenção²⁰⁹, o qual confere à decisão da Corte força de uma sentença judicial interna e não estrangeira, “numa perfeita integração com os sistemas domésticos”²¹⁰.

²⁰⁷ Art. 62.1 da CADH: Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. Até o ano de 2017, 20 países aceitaram a competência da Corte: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

²⁰⁸ Art. 64.1 da CADH: Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

²⁰⁹ Art. 68 da CADH: A parte da sentença que determinar a indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado

²¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e Constituição Republicana. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 464.

Tanto a Comissão quanto a Corte possuem um papel essencial no estabelecimento e na constante evolução de um Estado Democrático de Direito, no Brasil e nos demais países do continente Americano. A partir do primeiro Protocolo de Reforma da Carta da OEA, de 1967, que entrou em vigor em 1970, a Comissão foi alçada a um dos órgãos principais da Organização, tendo seu status jurídico fortalecido²¹¹. Foi neste momento que a Comissão passou a contar com um mandato não mais apenas de promoção, mas também, e, sobretudo, de controle e supervisão dos direitos humanos²¹².

Os relatórios emitidos todos os anos pela Comissão passaram a incluir uma seção com informações fornecidas pelos governos dos Estados-membros da OEA no que diz respeito ao progresso alcançado na persecução dos direitos humanos²¹³. Ainda, a Comissão incentiva, desde muito tempo, os Estados a incorporarem nos textos de suas Constituições certas categorias de direitos e harmonizar suas legislações com aquilo que preveem os tratados internacionais de direitos humanos, somados às decisões jurisprudenciais internacionais.

Acrescenta-se, ainda, a função preventiva exercida pela Comissão, desde antes da criação da Convenção. Foi em razão de muitos de seus relatórios anuais, bem como de suas recomendações de caráter geral dirigidas a determinados Estados, que muitas leis e outros instrumentos contrários aos direitos humanos foram revogados ou foram criados ou fortalecidos mecanismos de proteção a esses direitos no âmbito interno dos Estados, de forma preventiva.

A jurisprudência da Corte, por sua vez, é composta de decisões sentenciantes e de medidas provisórias. Com relação às medidas

²¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 112.

²¹² FIGUEIREDO, Marcelo. The universal natural of human rights: the Brazilian stance within Latin America's human rights scenario. In: ARNOLD, Rainer. **The universalism of human right, ius gentium: comparative perspectives on law and justice**. Springer, 2013, p. 91.

²¹³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 114.

provisórias²¹⁴, estas dizem respeito a questões emergenciais e, no caso do Brasil, praticamente todas envolvem penitenciárias, complexos e/ou unidades de internação, ou seja, estão relacionadas a grupos vulneráveis e também estão profundamente ligadas com o legado do regime autoritário ditatorial no país. As medidas provisórias em questão apenas comprovam a realidade do sistema prisional brasileiro, que é falho e viola direitos internos e também internacionais. Conforme explicita Marcelo Figueiredo:

The lack of rights providing for dignified life, housing, health, education, sanitation, safety, social security causes discriminated or neglected groups to resort to the judiciary, which may not always be ready to settle these claims. Even where judiciary is ready and prepared to solve them, at the national level it might not be able to as many claims as, perhaps, the executive could do by means of its public policies as it has the operational conditionals to effectively provide for such rights in practice. If these problems are not solved within the national scope, they may reach, as they sometimes do, the international sphere of human right protection²¹⁵.

O legado do regime ditatorial não é exclusivo do Brasil, mas sim perpassa toda a região. A integração latino-americana é marcada por realidades sociais, econômicas e culturais semelhantes, ou seja, o cenário permite falar em uma integração argumentativa, segundo os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva²¹⁶. Essa integração se baseia, sobretudo, na relevância dos diálogos constitucionais transnacionais que se fazem necessários.

No prisma do *transconstitucionalismo* entre direito internacional público e direito estatal, conforme defende Marcelo Neves, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos dá azo a uma experiência significativa, uma vez que

²¹⁴ Art. 63.2 da CADH: Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

²¹⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. The universal natural of human rights: the Brazilian stance within Latin America's human rights scenario. In: ARNOLD, Rainer. **The universalism of human right, ius gentium: comparative perspectives on law and justice**. Springer, 2013, p. 94.

²¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 517-518.

lança a prática do controle de convencionalidade não só a nível externo, mas também a nível nacional²¹⁷.

De tal forma, é possível verificar uma disposição por parte de muitos Estados da América Latina em dialogar com a Corte Interamericana e também com os demais Estados acerca de questões constitucionais comuns, permitindo a criação de um *corpus iuris* interamericano²¹⁸, sobretudo naquilo que dizem respeito à proteção dos direitos humanos²¹⁹, o que permite uma significativa ampliação do direito convencional aplicado pelos tribunais domésticos.

Desde o final dos anos noventa, a Corte Interamericana tem empregado um modelo de relacionamento direto com os órgãos estatais, o que inclui o Poder Judiciário e os juízes nacionais. Conforme anota Manuel Eduardo Góngora-Mera, a Corte já ordenou, em várias oportunidades, que os Estados reformulem, anulem ou modifiquem suas leis, que os juízes deixem de aplicar uma lei e que a Convenção Americana, bem como os entendimentos que dela advêm, devem prevalecer em detrimento das leis e jurisprudência nacionais²²⁰.

Para Laurence Burgorgue-Larsen, o diálogo entre os juízes da Corte Interamericana e os juízes nacionais das Américas deriva de uma série dupla de parâmetros. Por um lado, a Convenção Americana impõe a conformidade dos sistemas legislativos nacionais com a norma convencional, por meio do seu artigo 2º²²¹. Por outro lado, vários sistemas constitucionais internos não

²¹⁷ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 256-257.

²¹⁸ Na opinião de Gonzalo Aguilar Cavallo, é possível vislumbrar uma “*creciente interacción y sinergia entre la Corte IDH y las instituciones constitucionales y democráticas de los Estados americanos*” (CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Emergencia y Consolidación de un Derecho Americano de los Derechos Humanos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 403.)

²¹⁹ NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 256-257.

²²⁰ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 314.

²²¹ Art. 2º da CADH: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes

apenas atribuíram uma hierarquia diferenciada aos tratados de direitos humanos, como também incluem a jurisprudência convencional americana nos seus parâmetros do controle de convencionalidade²²².

O controle de convencionalidade é aquele que permite a compatibilização da normativa interna em relação à normativa internacional no âmbito dos direitos humanos, ou seja, é o controle jurisdicional da lei e/ou atos normativos internos a partir da interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos²²³.

É a partir da transição paradigmática defendida por Flávia Piovesan, caminhando do *State based approach* ao *Human rights based approach*, que os diálogos entre jurisdições no espaço interamericano se tornam viáveis e factíveis, possibilitando o exercício do controle de convencionalidade, “o que permite avançar para o horizonte de pavimentação de um *ius commune* latino-americano”²²⁴.

Tal controle pode ser encarado tanto sob a ótica do Sistema Interamericano (ângulo externo), quanto sob a ótica do direito nacional (ângulo interno)²²⁵. A primeira é relativa ao modo pelo qual a Corte exerce esse controle em relação às jurisdições latino-americanas²²⁶ – é seu escopo e sua própria razão de ser. A segunda consiste na maneira pela qual as cortes

comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

²²² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 248.

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** : Vol. 77, n. 4 (out./dez. 2011), p. 112.

²²⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 393.

²²⁵ RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Controle de Convencionalidade no Brasil. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, v. 7, Curitiba: PGE, 2016, p. 194-195.

²²⁶ A primeira vez que a Corte Interamericana se utilizou da expressão controle de convencionalidade foi quando do voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, em 2003. O termo foi utilizado referindo-se à atividade jurisdicional da Corte. (Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, nº 101. Voto do juiz Sergio García Ramírez). Desde então, a Corte vem reiteradamente citando o termo em suas decisões, num constante aprimoramento do tema, vide decisão do caso que ficou conhecido como *Trabajadores Cesados del Congreso* (Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Aguado Afaro e outros vs. Peru**. Sentença de 30 de novembro de 2007. Série C, nº 174. Voto do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade).

constitucionais e tribunais domésticos incorporam a normatividade protetiva dos direitos humanos advinda do Sistema – é o norte para onde deve mirar o ordenamento jurídico brasileiro²²⁷.

Exsurge desse controle, ainda, a interpretação jurisprudencial dada pelas cortes internacionais. A norma internacional é também norma jurídica, sendo que apenas o texto das convenções e tratados não é suficiente para conferir sentido à proteção aos direitos humanos oriunda dos sistemas internacionais. É esse o entendimento consolidado da própria Corte Interamericana:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade das leis” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana²²⁸.

Esta forma de diálogo só é possível em razão das cláusulas de abertura dos ordenamentos jurídicos pátrios e das diferentes hierarquias conferidas aos tratados de direitos humanos, temas que já foram devidamente explorados no capítulo 1.3 desta pesquisa. É preciso, ainda, que haja uma abertura suficiente do Poder Judiciário interno para tanto, uma vez que de nada adianta a previsão estática e o compromisso internacional que não é exercido na prática.

O controle de convencionalidade é apenas uma das diversas modalidades de interlocuções entre o Sistema Interamericano e as cortes nacionais, como salienta Humberto Nogueira Alcalá. A ele se somam o

²²⁷ Cumpre esclarecer que a expressão controle de convencionalidade reserva-se unicamente aos tratados de direitos humanos, isto é, os tratados comuns não servem de parâmetro para tal controle (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade brasileiro**. In: Revista de informação legislativa, v. 46, n. 181, 2009, p. 113-133).

²²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154, par. 124.

argumento de autoridade²²⁹ utilizado pelas cortes domésticas, os critérios interpretativos e os precedentes empregados para resolver assuntos de certa complexidade fática²³⁰.

Um exemplo interessante de diálogo no âmbito do Sistema Interamericano é o que ocorre em relação à Colômbia. Em primeiro lugar, os artigos 93 e 94 da Constituição colombiana²³¹ preveem uma hierarquia superior aos tratados de direitos humanos, bem como às normas de direito internacional humanitário. Ainda, a Corte Constitucional da Colômbia já considerou, em mais de uma oportunidade, que a jurisprudência da Corte Interamericana é um referencial primordial que deve ser levado em consideração quando da interpretação da Constituição²³².

Para além do caso da Colômbia, as Constituições da Argentina²³³, do Peru²³⁴, do Chile²³⁵, da Bolívia²³⁶ e do Equador²³⁷ são também importantes exemplos de documentos que, em sua grande maioria, conferem hierarquia constitucional aos tratados e determinam que as demais normas do sistema devem ser observadas em conformidade com esses compromissos internacionais. Há decisão, por exemplo, do Tribunal Constitucional do Peru, datada de 2005, que, para além de reforçar a hierarquia constitucional dos

²²⁹ Para o autor, o argumento de autoridade equivale à referência feita pelas cortes nacionais aos instrumentos internacionais de direitos como atuação de conformidade ou compatibilidade em relação a eles.

²³⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 277-278.

²³¹ COLÔMBIA. **Constituição da Colômbia**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2017.

²³² COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-010 de 2000 e Sentença C-406 de 1996.

²³³ ARGENTINA. **Constituição da Argentina**. Art. 75, inciso 22. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em: 28 set. 2017.

²³⁴ PERU. **Constituição do Peru**. Quarta disposição final e transitória. Disponível em: <https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

²³⁵ CHILE. **Constituição do Chile**. Art. 5º. Disponível em: <https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

²³⁶ BOLÍVIA. **Constituição da Bolívia**. Arts. 13, inciso IV e 256. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

²³⁷ EQUADOR. **Constituição do Equador**. Arts. 416 e 424. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

tratados de direitos humanos, determinou que esses direitos conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos²³⁸.

Para a Corte Interamericana, a potencialidade do diálogo do Sistema e dos ordenamentos domésticos tem crescido com o passar dos anos, o que ocorre também em relação à responsabilidade dos juízes nacionais e internacionais, na busca da consolidação de um *ius commune* latino-americano:

*Ultimately, the significance of the new doctrine of “diffuse conventionality control” is such that the future of the Inter-American System of Human Rights will likely rest upon it and, in turn, will contribute to the constitutional and democratic development of nation-States in the region. The construction of an authentic “jurisprudential dialogue” between national and Inter-American judges will surely become the new jurisdictional standard for the effective application of human rights in the 21st century. There lies the future: a point of convergence in human rights for the establishment of a ius constitutionale commune in the Americas*²³⁹.

Flávia Piovesan lista sete desafios centrais para concretização do *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos, mormente no que tange ao controle de convencionalidade, quais sejam: promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA; fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um *status* privilegiado na ordem jurídica doméstica; promover uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade; fomentar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos; dinamizar o diálogo entre os sistemas regionais objetivando seu fortalecimento; aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no

²³⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 389.

²³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C, nº 220. Voto do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

âmbito interno; e dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais²⁴⁰.

Como previamente exposto, não é preciso que haja, necessariamente, uma convergência de conclusões quando da realização do diálogo e isso se dá, inclusive, em relação ao Sistema Interamericano. É necessário, contudo, buscar uma forma de compatibilizar as decisões conflitantes, seja por meio da restrição da margem nacional de apreciação, da aderência nacional a *standards* judiciais internacionais ou de convergências paralelas. Manuel Eduardo Góngora-Mera bem expõe a questão:

*La competencia de la Corte Interamericana de interpretar la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos que tienen jerarquía constitucional en el nivel nacional le concede una autoridad con una relevancia diferenciada que debería ser reconocida a nivel nacional al menos como un precedente persuasivo que no puede ser desconocido sin adecuada justificación. Pero igualmente, la Corte Interamericana debe demostrar cierta deferencia a los estándares nacionales de derechos humanos que sean congruentes con los instrumentos interamericanos si no quiere arriesgar su propia legitimidad y la cohesión del sistema*²⁴¹.

O modelo de relação entre o Sistema Interamericano e entre as cortes nacionais (que leva em conta, inclusive, o diálogo horizontal das jurisdições domésticas entre si) que parece mais adequado à noção que aqui se apresenta é o modelo coevolutivo. Segundo Manuel Eduardo Góngora-Mera, tal modelo está fundado num fluxo de ideias constitucionais recíproco, por meio de influências mútuas e respeito do conjunto do Sistema, erigido a partir da adoção de *standards* similares que promovem tendências de interpretação regional²⁴².

²⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 405-409.

²⁴¹ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 321.

²⁴² GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 332.

O autor defende que esse modelo deve ser policêntrico, ou seja, há distintos intérpretes responsáveis pelo direito internacional dos direitos humanos; integral, isto é, todas as cortes podem originar ou acatar interpretações para proteção dos direitos humanos; deliberativo, o que significa dizer que todas as cortes e juízes deliberam em conjunto; e multidirecional, sendo que o diálogo pode começar, por exemplo, entre cortes constitucionais para, logo em seguida, dar vez a uma interlocução com a Corte Interamericana, ou vice-versa²⁴³.

Em síntese, sempre a interpretação que deve prevalecer é aquela *pro persona*, vale dizer, aquela que contemple os parâmetros judiciais que ofereçam uma proteção mais ampla dos direitos humanos, independente se esses parâmetros sejam fixados pela Corte Interamericana ou por alguma corte nacional.

Como formas expressivas do diálogo entre cortes, Roberto Dias e Michael Freitas Mohallem falam nos encontros presenciais e na construção das redes de Cortes Internacionais e Regionais, o que permite a criação de laços entre magistrados que muitas vezes extrapolam o âmbito de suas decisões²⁴⁴. Para além disso, as tecnologias e a internet também possibilitam um contato maior entre aqueles que operam o direito todos os dias.

A exemplo de medidas que têm potencial contributivo à consolidação da cultura do diálogo entre as jurisdições e, conseqüentemente, do respeito aos direitos humanos, está o recente memorando de entendimento²⁴⁵ firmado pelos presidentes do CNJ e da Corte Interamericana. O documento, assinado em 05 de abril de 2016, prevê colaboração ampla e direta entre a Corte

²⁴³ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 332-333.

²⁴⁴ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016, p. 265.

²⁴⁵ Segundo o site do Supremo Tribunal Federal, “a parceria segue o princípio do diálogo jurisprudencial, pelo qual a jurisprudência local se integra à jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos e vice-versa, em uma espécie de via de mão dupla” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CNJ guardará jurisprudência da Corte IDH em língua portuguesa. **Notícias STF**, Brasília, 05 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313561>>. Acesso em: 05 abr. 2017).

Interamericana e o CNJ, que ficará responsável pela divulgação das principais decisões da Corte traduzidas para o português. Essa é uma medida que soma aos interesses de difusão da jurisprudência internacional, porquanto ela também deve ser considerada como *standard* interpretativo dos atores jurídicos internos.

Contudo, as interlocuções entre o Sistema Interamericano e as cortes no Brasil ainda estão muito distantes de serem reproduzidas de forma efetiva. Não há que se falar em adoção da interpretação mais benéfica às partes em termos de direitos humanos se não há diálogo, cabendo, portanto, identificar os principais desafios na construção deste diálogo.

3.3 DESAFIOS E POTENCIALIDADES NA CONSTRUÇÃO DOS DIÁLOGOS

Neste subcapítulo serão apresentados os obstáculos à construção do diálogo entre cortes, em suas mais variadas modalidades, com um enfoque maior ao diálogo entre o ordenamento jurídico pátrio e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Os desafios se concentram basicamente nos seguintes pontos: a) um sistema hermeticamente fechado e que faz uso de sua soberania estatal para refutar entendimentos internacionais e latino-americanos; b) a interpretação do STF conferida à hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil; c) o completo desconhecimento e a ignorância dos operadores do direito sobre o direito internacional dos direitos humanos; d) o uso decorativo de decisões estrangeiras; e) a ausência de respeito aos precedentes no âmbito interno.

O primeiro grande obstáculo na construção do diálogo entre cortes para efetivação dos direitos humanos se dá em razão direta da prática daqueles que operam o direito. Apesar do entusiasmo que a mudança de paradigma previamente apresentada propõe (o *Human rights based approach* surge em substituição ao *State based approach*), ainda é possível encontrar com frequência o uso da soberania do Estado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e por meio de uma abordagem estritamente normativa, nas decisões dos juízes e das cortes.

O que se verifica, ao fim e ao cabo, é uma verdadeira resistência da comunidade jurídica nacional a incorporar o direito internacional dos direitos humanos na sua prática diária²⁴⁶. Flávia Piovesan sublinha o quão fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, extremamente refratária e resistente ao direito internacional²⁴⁷, o que impede o exercício do diálogo entre cortes. Humberto Nogueira Alcalá faz referência a um *patriotismo constitucional*²⁴⁸ que pode servir como um impasse às interlocuções dialógicas entre jurisdições, enquanto Marcelo Neves procura se afastar do *constitucionalismo provinciano*²⁴⁹.

A negligência dos atores nacionais em relação às decisões da Corte e também no que respeita à aplicação do controle de convencionalidade coloca em risco a legitimidade do Sistema Interamericano diante das vítimas de violações de direitos humanos e das organizações da sociedade civil que as representam. Importante mencionar que essa legitimidade do sistema decorre tanto do Estado, quanto da sociedade civil²⁵⁰.

Essa realidade gera aquilo que André de Carvalho Ramos denomina de *tratados internacionais nacionais* no Brasil. Isso ocorre devido ao “uso doméstico deturpado de tratados e demais normas internacionais graças ao hábito de interpretação nacional de tratados, sem conexão com a

²⁴⁶ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/46810/sistema_interamericano_direitos_bernardes.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

²⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 406.

²⁴⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 301.

²⁴⁹ Na introdução de sua obra “Transconstitucionalismo”, Marcelo Neves faz referência a Bruce Ackerman, para quem “nós deveríamos resistir às tentações de um particularismo provinciano”. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. XIX).

²⁵⁰ CAVALLARO, J.L.; SCHAFFER, E.J. Less as More: rethinking supranational litigation of economic and social rights in the Americas. **Hastings Law Journal**, v. 56, 2004, p. 220-221. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1407763>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

interpretação internacional”²⁵¹. Uma das razões que justificam esse hábito é, certamente, a lógica da soberania que ainda impera em nosso ordenamento.

Nestes casos, o problema não é de ratificação de tratados, nem de compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional. O país, apesar de reconhecer a jurisdição a órgãos internacionais responsáveis por interpretar esses tratados, possui um Poder Judiciário que continua a interpretá-los sem qualquer menção a jurisprudência dessas cortes.

A referência à soberania estatal para afastar entendimentos internacionais também não é exceção. Cita-se, como exemplo, o pedido de extradição de cidadão argentino requerido com assento em delito de lesa-humanidade, julgado pelo STF em novembro de 2016²⁵², o qual além de demonstrar a resistência da comunidade jurídica àquilo que advém de fora das fronteiras, exemplifica também o terceiro obstáculo para concretização do diálogo, ou seja, a ignorância dos operadores do direito.

Em discussão plenária acerca do uso do direito internacional, da imprescritibilidade ou não dos crimes ora cometidos e das normas de *jus cogens*, o ministro Marco Aurélio mencionou que “no caso concreto, o Direito Internacional não se sobrepõe à Constituição, a não ser que caminhemos em marcha batida para flexibilização desse documento básico da República”. Ainda, após manifestação do ministro Dias Toffoli acerca da vinculação advinda das decisões da Corte Interamericana, novamente o ministro Marco Aurélio afirmou se tratar de uma hipótese de mitigação da “soberania estatal”.

O segundo obstáculo tem relação direta com a interpretação que o STF atualmente confere aos tratados de direitos humanos. Como anteriormente exposto, a tese atualmente adotada pelo tribunal²⁵³ é bastante

²⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 511.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext. 1362-DF. Requerente: Governo da Argentina. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Brasília, 09 nov. 2016. DJ 04 set. 2017.

²⁵³ “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 dez. 2008. DJ 05 jun. 2009).

críticável, ao passo que não considera os tratados de direitos humanos incorporados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 como pertencentes ao bloco de constitucionalidade.

Tal interpretação não condiz com a doutrina emancipatória dos direitos humanos²⁵⁴, desconsiderando outras previsões importantes da própria Constituição da República, a exemplo do artigo 5º, §2º ou do artigo 4º, §2º, além de relegar os direitos humanos a uma posição secundária²⁵⁵. Dessa forma, se a Corte suprema tem dificuldades em equiparar os tratados de direitos humanos, independente de quando foram ratificados, ao nível hierárquico constitucional, os demais tribunais e juízes acabam por, muitas vezes, reproduzir o mesmo entendimento, desvalorizando os referidos documentos a nível interno, quando comparados à Constituição.

O terceiro obstáculo diz com a pouca familiaridade de juízes, ministros, promotores públicos e advogados com o direito internacional dos direitos humanos. Para Roberto Caldas, novo presidente da Corte Interamericana, há dirigentes que não sabem a diferença entre Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Segundo Caldas, o Sistema ainda precisa se aprofundar, especialmente no Brasil, país que teve uma ratificação tardia da competência da Corte, a qual acaba por ser, muitas vezes, mais conhecida em alguns países europeus do que países americanos. Em suas palavras, “Os estados precisam dar sustentação ao tribunal que faz parte dele mesmo, afinal essa Corte não é um tribunal estrangeiro, é um tribunal que é parte de cada país da

²⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 138.

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 105.

região”²⁵⁶. A própria Corte já se manifestou no sentido de que “todo juiz é juiz interamericano”²⁵⁷.

Conforme pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁵⁸, os índices de educação e de interesse em direitos humanos por parte magistrados se mostram extremamente baixos. Os resultados obtidos foram os seguintes: 84% dos juízes entrevistados não teve qualquer educação em direitos humanos, 40% nunca estudou nada relativo a direitos humanos, nem mesmo informalmente, 93% nunca se envolveu em nenhum tipo de serviço social ou público.

Em se tratando dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, 59% declararam ter um conhecimento apenas superficial dos sistemas da ONU e da OEA, 20% admitiram não ter nenhum conhecimento sobre esses sistemas, e apenas 13% afirmou ler as decisões das cortes internacionais com frequência²⁵⁹. Os atores jurídicos de outros países, como é o caso da Argentina e da Colômbia, por outro lado, já aplicam automaticamente as decisões internacionais²⁶⁰, reconhecendo a hierarquia constitucional conferida aos instrumentos internacionais de direitos humanos.

A propósito, a Suprema Corte Argentina é um excelente exemplo de tribunal que demonstra valor para decisões estrangeiras e internacionais e possibilita, de forma salutar, um diálogo entre cortes²⁶¹. Em várias ocasiões, a

²⁵⁶ RECONDO, Felipe. **JOTA entrevista o novo presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/jota-entrevista-o-novo-presidente-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-14022016>>. Acesso em: 28 set. 2017.

²⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C, nº 220. Voto do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

²⁵⁸ CUNHA, José Ricardo. **Direitos humanos, poder judiciário e sociedade**. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 27-40.

²⁵⁹ A pesquisa foi realizada no ano de 2005 e, em que pese ausência de dados mais recentes pela falta de pesquisas feitas após esta, demais julgados mencionados neste trabalho, em especial do STF, demonstram de forma clara que os níveis de desconhecimento não diminuíram significativamente nos últimos anos.

²⁶⁰ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/46810/sistema_interamericano_direitos_bernardes.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

²⁶¹ Em que pese a constatação elogiável à Suprema Corte Argentina, casos recentes podem desafiar essa lógica e os próximos caminhos sobre a normativa e jurisprudência internacionais no país são incertos. Cita-se, a exemplo, o caso *Fontevicchia e D'Amico vs. Argentina*, julgado pela Corte Interamericana em 29 de novembro de 2011, oportunidade em que, na sequência, a Suprema Corte Argentina se manifestou, rompendo com a *ratio decidendi* de seus precedentes

Corte daquele país já se manifestou no sentido de que as decisões da Corte Interamericana representam conteúdo indispensável para seu processo decisório, ainda em casos nos quais a Argentina não tenha figurado como parte²⁶².

Já nas nossas terras, o desconhecimento das autoridades brasileiras em relação ao sistema como um todo aumenta os casos de violação de disposições da Convenção Americana e gera dificuldade no cumprimento das sentenças e das recomendações advindas da esfera internacional. O STF, inclusive, não fica isento dessas críticas e do evidente despreparo quanto ao tema. Conforme adverte Deisy Ventura:

(...) de modo geral, o *STF aplica pouco e mal o Direito Internacional*; ignora o grande debate contemporâneo sobre a internacionalização do Direito e o transconstitucionalismo; raramente ultrapassa os manuais mais batidos não raro desatualizados, da doutrina internacionalista; praticamente despreza a jurisprudência internacional e vale-se escassamente do Direito Comparado, quase sempre incorrendo, quando o faz, em grandes incompreensões dos sistemas jurídicos alheios²⁶³.

Para modificar essa realidade, organizações da sociedade civil, entidades governamentais e a academia vêm promovendo seminários e oficinas sobre o tema e incluindo disciplinas sobre direito internacional dos direitos humanos nos currículos das faculdades de direito²⁶⁴.

Um exemplo concreto é o recente acordo de cooperação técnica entre a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e a Secretaria de Direitos Humanos para capacitação dos magistrados quanto ao controle de

anteriores, mitigando o alcance do controle de convencionalidade interno e colocando o Estado argentino numa posição delicada frente ao Sistema Interamericano.

²⁶² CONCI, Luiz Guilherme. **Por que os juízes devem dialogar com outros juízes estrangeiros ou internacionais?** Disponível em: <<http://justificando.com/2016/01/27/por-que-os-juizes-devem-dialogar-com-outros-juizes-estrangeiros-ou-internacionais/>> Acesso em: 23 jul. 2017.

²⁶³ VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: **A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Ministério da Justiça, Comissão de Anistia. Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011, p. 319-320.

²⁶⁴ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/46810/sistema_interamericano_direitos_bernardes.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

convencionalidade das leis²⁶⁵. Trata-se de uma parceria, firmada em julho deste ano (2017), com vistas à disseminação de conteúdos voltados para a promoção dos direitos humanos, consolidando módulos de treinamento, no modelo de estudos de casos relacionados aos seguintes temas: combate ao trabalho escravo e ao trabalho infantil, igualdade no trabalho, saúde e meio ambiente do trabalho, dentre outros.

Menciona-se, ainda, o convênio firmado entre a Corte Interamericana e o Superior Tribunal de Justiça, acerca do intercâmbio de pessoal, inclusive de magistrados, entre os dois órgãos, no evento “Diálogo entre Cortes: fortalecimento da proteção dos direitos humanos”, sediado no STJ, em março deste ano (2017). Naquela oportunidade, o presidente da Corte Interamericana, Roberto Caldas, esclareceu que não há hierarquia entre cortes nacionais e internacionais, mas sim horizontalidade e prevalência do direito mais favorável à pessoa humana.

Ainda que haja avanços, a legitimidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como instrumento para efetiva transformação social e universalização de direitos é ainda ocasional, o que resta evidente quando observadas as várias pendências de cumprimento das determinações emitidas pela Corte Interamericana.

É fundamental que, a partir da concepção dialógica aqui defendida, haja a menção aos *standards* internacionais por parte das instâncias judiciais nacionais, uma vez que a recepção constitucional dos tratados de direitos humanos implica a dupla obrigação do Poder Judiciário de incluir esses tratados no rol de fontes de direito que aplicam ao caso concreto, não o restringindo às constituições, leis, decretos, e entendimentos jurisprudenciais nacionais.

Ressalta-se que a função dos advogados é fundamental nesse processo, a fim de que utilizem em suas alegações os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos. Nesse sentido, para além da

²⁶⁵ **Parceria entre Anamatra e Secretaria de Direitos Humanos capacitará magistrados para o controle de convencionalidade das leis.** Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/impressa/noticias/25534-parceria-entre-anamatra-e-secretaria-de-direitos-humanos-capacitara-magistrados-para-o-controle-de-convencionalidade-das-leis>>. Acesso em: 29 set. 2017.

letra da lei, o conhecimento acerca da interpretação pela Corte e pela Comissão também estão incluídos nessa obrigação. Para Cançado Trindade:

Um papel importante está aqui reservado aos advogados de supostas vítimas de violação de direitos humanos. No intuito de buscar a redução da considerável distância entre o reconhecimento formal, e a vigência real, dos direitos humanos, consagrados não só na Constituição e na lei interna, como também nos tratados de proteção, cabe aos advogados invocar estes últimos, referindo-se às obrigações internacionais que vinculam o Estado no presente domínio de proteção, de modo a exigir dos juízes e tribunais nacionais, no exercício permanente de suas funções, que considerem, estudem e apliquem as normas dos tratados de direitos humanos e fundamentem devidamente suas decisões²⁶⁶.

Com relação ao quarto obstáculo, Laurence Burgorgue-Larsen já demonstrava preocupação em considerar como diálogo apenas o uso absolutamente clássico de direito comparado²⁶⁷. Quando do diálogo, Virgílio Afonso da Silva propõe que se adote a migração de ideias em detrimento de meros empréstimos de jurisprudência²⁶⁸, vale dizer, o que se almeja, para além da obrigação em simplesmente aplicar decisões estrangeiras descontextualizadas, é uma vinculação argumentativa em prol dos direitos humanos.

Na visão de Flávia Piovesan, o diálogo horizontal de jurisdições no âmbito latino-americano ainda se mostra incipiente²⁶⁹. Isso porque, das vezes em que o Poder Judiciário trabalha com o direito comparado, faz uso reiterado de precedentes europeus e norte-americanos, silenciando sobre decisões de outras nações latino-americanas, ainda mais pertinentes ao caso em comento, haja vista, muitas vezes, a semelhança nos desafios enfrentados na região.

²⁶⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 515.

²⁶⁷ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 254.

²⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 517-519.

²⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 395.

Conforme ressalta Humberto Nogueira Alcalá, nos casos em que um tribunal faz uso de uma decisão estrangeira para efeitos de direito comparado é preciso que as matérias tenham relação com a razão de decidir, do contrário funcionarão apenas como *fogos de artifício* e para nada contribuirão na argumentação do caso em julgamento²⁷⁰.

Neste cenário, o emprego da jurisprudência estrangeira ocorre de forma meramente decorativa, sem que haja qualquer “preocupação dialógica com o material referido”²⁷¹, sendo que o elemento exógeno é utilizado apenas como reforço argumentativo de uma decisão que já fora tomada previamente. É preciso que haja, neste sentido, uma mudança de paradigma na utilização de jurisprudência estrangeira permitindo uma real interlocução, vale dizer, uma abertura para o diálogo, para reflexão, com o consequente aproveitamento das experiências de outros países, sempre tendo em conta as particularidades de cada caso concreto²⁷².

Esse obstáculo prejudica também, sobremaneira, o diálogo em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Isso porque, como será demonstrado no capítulo seguinte, o Sistema está fundado numa lógica de precedentes e emite decisões estratégicas e estruturantes, a fim de impactar a região como um todo. Nesse tom, ao deixar de compartilhar experiências com os países vizinhos, os quais, em sua grande maioria, aceitaram a jurisdição da Corte, está-se, automaticamente, ignorando também o diálogo com o Sistema.

Por fim, o quinto obstáculo evidencia uma grave falha em uma das premissas à efetivação do diálogo: é necessário se falar a mesma língua. Enquanto as cortes internacionais comumente decidem com base em precedentes e fazem referências expressivas às suas próprias decisões prévias, o Poder Judiciário brasileiro é composto de juristas que formulam novas teorias ao seu bel prazer, sem a menor preocupação com o

²⁷⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 298.

²⁷¹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127-128.

²⁷² TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

ordenamento, gerando insegurança jurídica e, muitas vezes, reafirmando um desrespeito a decisões internacionais e aos próprios direitos humanos.

Esse obstáculo também tem profunda relação com a *interpretação nacional* dos tratados, referenciada por André de Carvalho Ramos. O autor defende que é urgente a aceitação, em sua integralidade, da consequência da internacionalização dos direitos humanos, qual seja o acatamento da interpretação internacional sobre esses direitos²⁷³, e não apenas a ratificação de tratados.

Contudo, a atuação individualista de cada juiz, inclusive daqueles que compõem tribunais e que deveriam decidir de forma colegiada, sem que isso gere qualquer constrangimento, permite que o juiz não faça nenhuma referência a qualquer documento internacional, ou que deixe de mencionar a jurisprudência internacional correlata, a qual é indispensável para carregar de sentido os dispositivos constantes dos tratados. Tais inquietações acerca do último desafio mencionado serão aprofundadas no próximo capítulo.

²⁷³ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 517.

4 O SISTEMA DE PRECEDENTES E SUAS IMPLICAÇÕES NO BRASIL

Tendo como pressuposto a doutrina dos precedentes na posição de um dos importantes desafios para que o diálogo entre o ordenamento brasileiro e o Sistema Interamericano seja concretizado, este será o objeto de estudo deste capítulo. Ressalta-se que o respeito aos precedentes não basta para que haja diálogo e para que as decisões internacionais sejam pautadas no âmbito interno: todos os desafios previamente listados são indispensáveis na busca de uma interlocução salutar em prol dos direitos humanos.

O sistema de precedentes, na forma como é aqui considerado e em observância à atuação das cortes internacionais, mais especificamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, representa um importante passo na concretização da igualdade entre os sujeitos, seja no sistema do *common law* ou do *civil law*.

A necessidade de fundamentação adequada, da observância de decisões anteriores, seja do mesmo tribunal ou de cortes de outras instâncias, bem como a urgência que se respeite a integridade e coerência do direito, geram estabilidade e segurança jurídica e apresentam destaque especial no âmbito dos direitos humanos.

A igualdade com que os indivíduos merecem ser tratados é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito. Ainda, a legitimação conferida ao Poder Judiciário depende, diretamente, do conteúdo de suas decisões, sendo que cabe aos tribunais oferecer os mesmos resultados quando deparados com casos iguais.

É, no mínimo, descabido admitir que o Poder Judiciário, marcado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Poder Legislativo, possa apresentar várias concepções acerca de um mesmo direito humano, conferido pelo ordenamento interno ou internacional. No Brasil, o movimento do neoconstitucionalismo, a reforma do Judiciário de 2004 e o novo Código de Processo Civil de 2015 caminham para uma preocupação crescente com a necessidade imediata de respeito aos precedentes e da efetivação da isonomia dos sujeitos.

4.1 OS PRECEDENTES: DO QUE SE TRATA E NO QUE SÃO ÚTEIS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, cumpre mencionar que só cabe falar em precedentes numa sociedade que preza pela noção de democracia substantiva, que é premissa do presente trabalho. Nesse tom, é preciso que existam tribunais com a possibilidade de controlar atos dos demais poderes (e também de dialogar com eles).

Mas, o que torna os tribunais legítimos para falar em nome do povo e, além disso, para manter essas decisões, à medida que surgem situações análogas? Dentre os teóricos da jurisdição constitucional que buscam respostas para tais questionamentos encontra-se Dworkin, cuja teoria é pautada nos *trunfos contramajoritários*²⁷⁴, que foram explorados no primeiro capítulo.

O autor sustenta que a proteção dos direitos pela via jurisdicional acaba por fortalecer o próprio processo democrático, da mesma forma que protege o princípio da igual consideração e respeito, fundamento básico de uma democracia constitucional. Esse princípio é mais respeitado em sistemas nos quais os tribunais podem controlar atos de outros poderes do que em ordens jurídicas onde os Poderes Legislativo e Executivo possuem soberania total, sem que haja a imposição de limites²⁷⁵.

Dworkin entende que os *trunfos* do cidadão devem ser protegidos pelos tribunais. Esses *trunfos* correspondem à ligação entre o direito e a moral (que são, para ele, inseparáveis), os quais devem ser observados quando da aplicação do direito pelas instituições públicas. Importante ressaltar que esses direitos não são dados pela natureza nem possuem origem divina, portanto não há que se falar, neste contexto, em jusnaturalismo. O que Dworkin defende são direitos resultantes de um processo histórico que impacta na leitura moral da Constituição e justifica a forma como se dá o ordenamento jurídico²⁷⁶.

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153.

²⁷⁵ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, nº 56, 2008, p. 151-176.

²⁷⁶ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 252.

Cláudio Pereira de Souza Neto explica que a inclusão dos princípios no sistema jurídico resolveria, para Dworkin, os problemas de legitimação dos tribunais constitucionais²⁷⁷. Isso porque, no âmbito da jurisdição constitucional, quando o magistrado aplica um princípio, não está criando um direito novo, mas sim aplicando o direito preexistente. Nicole Mäder Gonçalves ensina que “ao julgar com argumentos de princípio o juiz não está só se submetendo à autoridade do legislador, mas reconstruindo o direito de acordo com as diretrizes por ele fornecidas”²⁷⁸.

Os tribunais não podem, contudo, decidir com base em questões de políticas (*policies*), cuja atribuição é essencialmente dos agentes eleitos democraticamente pelo povo. Essas questões de políticas fundamentam-se em decisões destinadas a atender um objetivo comunitário, ao passo que os argumentos de princípio são pensados para assegurar os direitos do indivíduo quando da decisão tomada. Nas palavras de Nicole Mäder Gonçalves:

O Judiciário não pode sacrificar uma decisão de princípio, que reconhece um direito fundamental, em nome de uma decisão de política destinada à garantia do bem-estar da comunidade ou mais benéfica em termos econômicos, políticos ou sociais. O julgamento com fundamento em argumentos utilitaristas ou pragmatistas seria um julgamento político que violaria o princípio democrático, pois cabe ao juiz (...) o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais mediante argumentos de princípio²⁷⁹.

Sob este mesmo ângulo, a Constituição protege não apenas os indivíduos, mas grupos vulneráveis, contra decisões da maioria, ainda que esta maioria esteja convencida de que sua decisão promoverá o bem estar geral²⁸⁰. É neste diapasão que, para Dworkin, o *judicial review* pode conviver em total harmonia com o princípio da democracia, tendo em vista que os juízes, ao decidirem, estão, ao fim e ao cabo, adotando valores “escolhidos pelo próprio

²⁷⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247.

²⁷⁸ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 255.

²⁷⁹ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 255.

²⁸⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 61.

povo quando do processo constituinte, representação máxima e soberana da vontade do povo”.²⁸¹.

Importante esclarecer que quando Dworkin fala em “leitura moral da Constituição”, ele não está se referindo a um método de interpretação livre e de decisão pautada na convicção moral do juiz; ao revés, prima pela observância da moralidade política da comunidade²⁸², e consequentemente do respeito ao povo.

Com o processo de internacionalização do direito constitucional explicitado no capítulo anterior, cada vez mais os direitos humanos passam a funcionar como parâmetro de um controle que se faz necessário tanto nos países de *common law* como nos países de *civil law*. Esse controle pode ser devidamente desenvolvido por meio do *judicial review*, que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, e tem origens num modelo americano que vem sendo, igualmente, cada vez mais internacionalizado²⁸³.

Outrossim, as decisões judiciais devem estar orientadas pela noção da integridade, a qual exige coerência e que todos sejam tratados com igual respeito e consideração. Explica-se: uma decisão judicial não pode ser tomada de forma isolada, e nesse ponto a ligação entre a concepção democrática substancial e o respeito aos precedentes fica ainda mais clara. A leitura moral da Constituição, segundo Dworkin, está necessariamente vinculada a práticas jurídicas e políticas, à história institucional e aos precedentes em que o argumento de princípio utilizado se fundamenta²⁸⁴. Em suma:

Os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar²⁸⁵.

²⁸¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 62.

²⁸² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 17.

²⁸³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106.

²⁸⁴ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 259.

²⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137.

No contexto latino-americano, a força que adquiriram os tribunais pode ser justificada por diferentes razões²⁸⁶, a exemplo da desilusão com a política, da maior acessibilidade ao Poder Judiciário por parte do cidadão, dos interesses dos próprios Poderes Legislativo e Executivo em ver despolitizadas algumas questões, bem como da reconstrução da democracia no pós ditaduras civis-militares na região²⁸⁷.

A *judicialização da política*, entendida tanto como a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as cortes quanto no que diz respeito ao aumento de métodos judiciais de tomada de decisões para além dos tribunais, trata-se, em suma, de uma realidade vivida em diversas nações ocidentais que preveem direitos fundamentais de ordem constitucional²⁸⁸.

É fato, portanto, que o Poder Judiciário exerce papel indispensável no fortalecimento democrático, tendo adquirido, inclusive, grande destaque na América Latina nos últimos anos. Ainda, os tribunais encontram legitimidade para tomar decisões substanciais²⁸⁹, nos termos previamente explicitados tanto no início deste capítulo, quanto no primeiro capítulo do presente estudo. Ademais, essa legitimação requer dos juízes uma atuação íntegra e coerente, daí porque urge lembrar o respeito aos precedentes.

Mas o que são, afinal, os precedentes? Importa, antes de tudo, fazer uma ressalva preliminar: não se pretende esgotar o tema, tampouco apresentar todas as noções para a doutrina dos precedentes. Da mesma forma, não há pretensão de expor as premissas e origens, nem uma análise mais aprofundada das tradições do *civil law* e do *common law* ou das noções de coerência, integridade e estabilidade, uma vez que a abordagem desses

²⁸⁶ O presente estudo não busca, contudo, adentrar de forma pormenorizada nesses fatores, uma vez que não cabe aqui uma análise mais detalhada da força dos tribunais na região, tampouco dos diálogos entre os poderes no âmbito estatal interno.

²⁸⁷ UPRIMNY, Rodrigo. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, vol. 4, n. 6, São Paulo, 2007, p. 56-59.

²⁸⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93.

²⁸⁹ William Pugliese explica, com base nos ensinamentos de William Lucy, que tanto Ronald Dworkin quanto Neil MacCormick entendem que a atividade jurisdicional possui condições de legitimidade e racionalidade, uma vez que se trata de um meio relativamente determinado, previsível e justo de resolver conflitos. (PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 15-16).

conceitos neste subcapítulo tem como finalidade a justificação da Corte Interamericana como uma corte de precedentes e visa demonstrar a dificuldade de diálogo do Sistema Interamericano com o ordenamento brasileiro, temas que serão analisados nos próximos itens.

Feitas essas ressalvas, partindo da noção de integridade defendida por Dworkin²⁹⁰, os precedentes podem ser entendidos como o respeito a decisões anteriores, as quais devem ser seguidas quando os mesmos pontos surgem novamente em juízo²⁹¹. Em termos de integridade e coerência no âmbito dos precedentes, William Pugliese esclarece:

O que a integridade exige, com relação aos precedentes, é algo distinto da coerência e, em certo sentido, complementar. Se a coerência demanda a interpretação das normas de acordo com princípios, para que a argumentação faça sentido, a integridade exige que os precedentes sejam compatíveis entre si e que demonstrem a comunidade de princípios que formam o pensamento jurídico de uma determinada comunidade²⁹².

Segundo Estefânia Barboza, um precedente, na tradição do *common law*, corresponde à "prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificaram a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos"²⁹³.

Na concepção de Lenio Luiz Streck e de Georges Abboud, no regime do *common law*, o juiz está vinculado a uma série de decisões que ao longo da história possibilitaram a concretização de uma *rule of law*²⁹⁴. Os autores explicam que, para Neil MacCormick e Robert Summers, o corpo de precedentes de determinado ordenamento jurídico constitui o melhor acúmulo

²⁹⁰ Conforme explica William Pugliese, "pode-se dizer, assim, que a integridade de Dworkin é diferente da coerência de MacCormick porque ela não busca o princípio que apenas justifica uma regra, mas que tem o ideal de trazer as regras jurídicas ao abrigo de um único regime coerente de princípio". (PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 106).

²⁹¹ ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 56.

²⁹² PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 110.

²⁹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198.

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 40.

possível do conhecimento jurídico acerca do passado²⁹⁵. Nada obstante, não deixam de reconhecer que o precedente pode ser extraído apenas a partir de uma decisão que lhe seja subjacente²⁹⁶, sendo que apenas um precedente é o bastante para constituir direito e gerar obrigação²⁹⁷.

Defendem que “a doutrina dos precedentes consiste em teoria que alça as decisões judiciais como fonte imediata do Direito junto à equidade e legislação”²⁹⁸. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma lógica que vincula as cortes no julgamento dos casos análogos. Os juízes são, assim, convidados a analisarem as razões jurídicas essenciais às decisões anteriores, não bastando meros *enunciados vazios*, uma vez que só é possível compreender o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido²⁹⁹.

Nesse sentido, não há como se admitir a vinculação à conclusão de uma decisão precedente, sem se ater aos fatos que levaram a essa decisão. Isso seria, no mínimo, arbitrário, podendo levar, inclusive, ao enfraquecimento da autoridade do precedente, que se baseia, afinal, na descrição do que de fato ocorreu e no que foi decidido a partir disso³⁰⁰.

William Pugliese entende que “precedente é uma decisão anterior que serve como modelo para decisões posteriores”³⁰¹. Para o autor, os limites dessa decisão vão além do caso em concreto e se tornam paradigma para decidir casos semelhantes. Assim, é preciso que haja, num precedente, uma pretensão de universalidade, do contrário está-se diante de uma decisão judicial.

²⁹⁵ “*The body of precedents available for consideration in any legal setting represents, at its best, an accumulation of wisdom from the past.*” (SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p.1).

²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 107.

²⁹⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 199.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 44.

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 86.

³⁰⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198 e 219.

³⁰¹ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 23.

Em suma, entende-se por precedente uma decisão (ou um conjunto de decisões) dotada de pretensão de universalidade, marcada pela potencialidade de estabelecer um paradigma para decisões futuras, paradigma este que deverá ser compreendido a partir dos fatos e do caso concreto de onde o precedente foi extraído. A partir da criação de um precedente, este deve ser necessariamente observado quando os mesmos pontos surgem novamente em juízo.

Michael J. Gerhardt³⁰² aponta as principais funções dos precedentes, dentre as quais se optou por destacar as seguintes: trata-se do principal preceito jurídico que possibilita a solução das controvérsias jurídicas pelas cortes, permite a aplicação isonômica e coerente do direito, facilita o diálogo sobre o alcance da própria Constituição, torna claras as regras do jogo que os litigantes precisam saber, além de assegurar a implementação e concretização de valores constitucionais³⁰³.

William Pugliese, ao expor o que pensa MacCormick, esclarece que o autor reconhece a discricionariedade inerente aos magistrados, a qual deve ser limitada, principalmente, pela coerência da fundamentação, que concilia o caráter argumentativo do direito com a necessidade de segurança e a previsibilidade do Estado de Direito³⁰⁴.

Na visão de Misabel de Abreu Machado Derzi e de Thomas da Rosa de Bustamante, “exige-se uma construção judicial pautada pela universalizabilidade da solução dada a cada caso concreto”. Fazendo também uso dos ensinamentos de MacCormick, ambos entendem que deve haver uma espécie de coerência diacrônica entre os precedentes, o que equivale a um compromisso em estabelecer os fundamentos para a decisão de hoje e de todos os casos futuros que sejam semelhantes³⁰⁵.

³⁰² GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 147-149.

³⁰³ Tendo em vista o aporte dado no presente trabalho, acrescenta-se que o precedente também tem como função propiciar o diálogo sobre o alcance da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como assegurar a implementação de valores internacionais no âmbito dos direitos humanos. Essas noções serão mais bem delimitadas no próximo subcapítulo, que tratará do *stare decisis* interamericano.

³⁰⁴ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 65.

³⁰⁵ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre (org.). **Novas tendências**

Para os autores, não há que se falar em engessamento do processo argumentativo ao fazer uso dos precedentes³⁰⁶. Ao revés, como o precedente precisa ser reinterpretado e reconstruído em cada caso concreto, por meio de um processo de argumentação por princípios, ele torna o processo de decisão vivo e carregado de coerência e integridade, *in verbis*:

Não há apenas razões institucionais para se seguir precedentes, mas também razões morais. Ao mesmo tempo, é possível que em casos concretos essas razões morais – que desempenham um papel decisivo na argumentação jurídica, a partir do momento em que nós reconhecemos a mútua dependência entre direito e moral – demandem uma reinterpretação do direito e o *overruling* de uma regra jurisprudencial que não possa mais ser moralmente justificada³⁰⁷.

O próprio Neil MacCormick esclarece que há liberdade do juiz na interpretação e aplicação de decisões anteriores. Isso porque, para que um precedente subsista é preciso que tenha qualidade de argumentos e seja adequado aos valores e princípios do direito pertencentes ao momento em que a nova decisão é tomada, vale dizer, deve haver compatibilidade da decisão em relação ao ordenamento³⁰⁸.

O *stare decisis*³⁰⁹, ou seja, a vinculação obrigatória a precedentes, é, apesar de tudo, um comando flexível³¹⁰. Isso porque todo precedente é

do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 335.

³⁰⁶ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre (org.). **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 355-356.

³⁰⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre (org.). **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 351.

³⁰⁸ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 291.

³⁰⁹ Estefânia Barboza esclarece “o nome completo da doutrina é *stare decisis et quieta non movere*”, o que significa “aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já estabelecidas”. Ainda, adiciona que “a doutrina do *stare decisis* não significa apenas a vinculação do juiz aos precedentes no sentido de seguir o precedente, mas também inclui as possibilidades de superação e revogação (*overruling*), bem como de distinção dos precedentes (*distinguishing*), na medida em que todos estes casos há compromisso com o passado” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 198 e 214-215).

construído com uma pretensão de correção e não para estabelecer uma exatidão absoluta, haja vista contínuas mudanças de contextos e relações. De qualquer sorte, essas mudanças precisam ser devidamente fundamentadas.

Esse *stare decisis* não é incompatível com o *civil law*, conforme bem ressalta Luiz Guilherme Marinoni. O papel do juiz nesse sistema, amparado sob o neoconstitucionalismo³¹¹, é muito próximo àquele exercido pelo juiz do *common law*³¹², uma vez que, no caso do Brasil, nosso ordenamento jurídico possui um sistema de precedentes, construído pela Constituição Federal e reafirmado pelo novo Código de Processo Civil.

O *stare decisis* pode ser tanto horizontal, quanto vertical. Enquanto o *stare decisis* horizontal obriga a Corte suprema de um país à observância de seus próprios precedentes, o *stare decisis* vertical exige dos tribunais inferiores que sigam as decisões dos tribunais superiores³¹³. Tal vinculação se justifica em razão da estabilidade “como ideal normativo da jurisprudência”³¹⁴.

William Pugliese esclarece a importante contribuição de Zenon Bankowski³¹⁵ com relação às funções do *stare decisis*. Na visão do autor, o *stare decisis* existe para se obter uniformidade jurídica, prezando pela coerência tanto na interpretação de dispositivos legais, quanto nas práticas interpretativas. Tal prática possibilita a aplicação igualitária do direito. É nesse tom que Luiz Guilherme Marinoni defende um sistema de precedentes:

³¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 98.

³¹¹ Segundo Estefânia Barboza, “verifica-se, dessa forma, a aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*, a qual vem sendo percebida em diversas experiências, quer seja pela adoção de Declarações de Direitos Humanos ou de direitos fundamentais, escritas, ou ratificação a tratados internacionais de direitos humanos – com a possibilidade de o Judiciário ou de uma Corte Constitucional exercer o controle material dos atos provenientes do Parlamento (...) – quer seja com a adoção de Constituições supremas com grande catálogo de direitos fundamentais nos sistemas de *civil law*, passando o direito codificado a não ser mais o fundamento das decisões judiciais, uma vez que preponderam os direitos fundamentais ou direitos humanos, cujo caráter aberto e conteúdo moral acabam por elevar o papel do Judiciário na proteção destes direitos.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127).

³¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65-70.

³¹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 199.

³¹⁴ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 122-123.

³¹⁵ BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 481-501.

Um sistema judicial caracterizado pelo respeito aos precedentes está longe de ser um sistema dotado de uma mera característica técnica. Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assuma a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal³¹⁶.

Para Neil MacCormick, há três razões principais para se decidir conforme os precedentes: por uma questão de justiça formal, vale dizer, da justificação com base em proposições universais as quais devem ser observadas nos casos semelhantes; em razão de um sistema jurídico imparcial que trata a todos da mesma forma; e pela economia de esforço de juízes e advogados, que não precisariam inovar na argumentação em casos análogos aos já decididos³¹⁷.

Em matéria de direitos humanos, o *stare decisis* se mostra ainda mais fundamental. Isso porque o respeito aos precedentes permite a garantia de igualdade no Estado de Direito³¹⁸. Aqui vale lembrar os ensinamentos de Dworkin, para quem nem sempre o direito ao tratamento como igual implicará a adoção do direito a igual tratamento, daí a importância da jurisdição constitucional e da estabilidade nos termos previamente expostos. Além disso, convém rememorar a *igualdade* como elemento central, o qual corresponde a um dos direitos humanos que se encontra no nascimento do sistema democrático, em conjunto com a liberdade³¹⁹.

Um precedente precisa ser observado nos casos em que se constata que há similitudes entre o caso em análise e um caso previamente julgado. O que permite essa constatação é a *ratio decidendi*³²⁰, ou seja, a regra jurídica

³¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

³¹⁷ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 191.

³¹⁸ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 128.

³¹⁹ CARPIZO, Jorge. El Contenido Material de la Democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 5.

³²⁰ "A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law, put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the

definida pelo juiz para decidir o caso da forma como ele o observou³²¹, bem como as razões que o levaram a decidir de tal maneira³²². Embora a *ratio decidendi*³²³ tenha pretensão de universalidade, ela só pode ser construída por meio da interpretação do precedente, em um processo não apenas descritivo, mas sim construtivo da norma a partir de princípios jurídicos que justificaram a decisão anterior³²⁴.

A uniformidade buscada por meio do sistema de precedentes representa uma importante contribuição à garantia de uma tutela jurisdicional que seja comprometida com os valores constitucionais da segurança jurídica e da previsibilidade³²⁵. Essa uniformidade, em conjunto com as noções de coerência e integridade, é o que possibilita o respeito à força do argumento dos precedentes.

A igualdade é, por certo, a base da segurança jurídica, princípio presente no Estado Democrático de Direito e na Constituição de 1988. A ela estão intimamente ligados os valores da certeza jurídica, da estabilidade jurídica e da previsibilidade dos cidadãos em relação à aplicação do direito, os quais justificam o respeito aos precedentes³²⁶.

É nessa perspectiva que o presente trabalho valoriza os precedentes, mormente em relação às decisões que advêm do âmbito internacional no que tange à temática dos direitos humanos. Importante ressaltar que as normas de

decision in the case". (MacCORMICK, Neil. **Rhetoric and Rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 153)

³²¹ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 37.

³²² PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 38.

³²³ A *ratio decidendi* não pode ser confundida com o *obiter dictum*, que se constituem pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais, vale dizer, equivalem às argumentações da decisão que não são vinculantes. Trata-se, ao fim e ao cabo, de argumentos que não são essenciais para a manutenção do julgado, ou seja, são argumentos de passagem. (NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. **Revista de Processo**, vol. 199, set. 2011, p. 66-69).

³²⁴ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre (org.). **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 354.

³²⁵ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 141.

³²⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 237.

direitos humanos possuem, geralmente, níveis elevados de abstração, de modo que o uso de fontes para além das fronteiras é, certamente, bem-vindo.

O diálogo com o Sistema Interamericano é um facilitador do uso de precedentes internacionais, da mesma forma que incentiva o diálogo horizontal entre cortes nacionais, as quais devem buscar evitar o constrangimento de conclusões discrepantes em relação aos demais países, preocupação que “serve como poderoso incentivo a que prestem cuidadosa atenção aos requisitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos”³²⁷.

4.2 O *STARE DECISIS* INTERAMERICANO

No que diz respeito ao diálogo vertical-horizontal entre cortes, é preciso analisar especificamente a função que cabe à Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito regional americano. O impacto que se destaca em relação à Corte advém, precipuamente, do artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual determina o dever de adotar disposições de direito interno, *in verbis*:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Dentre esses compromissos, encontram-se as reformas constitucionais para compatibilização das Constituições com a Convenção, bem como o dever de atuação dos órgãos jurisdicionais em respeitar e garantir os direitos convencionalmente assegurados. Além disso, o artigo 2º requer dos Estados que observem, por meio de todos os seus órgãos, as obrigações que advêm das decisões, ou seja, dos casos concretos analisados pela Corte Interamericana,

³²⁷ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016, p. 273.

bem como da *ratio decidendi* da decisão da Corte³²⁸. Assim já se manifestou a Corte, a respeito da coisa julgada:

*(...) cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia*³²⁹.

Essa lógica, contudo, não opera tão somente em relação ao Estado condenado; as sentenças da Corte Interamericana não servem apenas para resolver os casos contenciosos que são a ela direcionados, e sua função também não se restringe ao âmbito das opiniões consultivas por ela emitidas.

Verifica-se, na realidade, a incumbência de estabelecer uma *ratio decidendi* cujo objetivo é preencher de sentido o alcance das normas convencionais. Trata-se da autoridade da *coisa interpretada*³³⁰, própria da jurisprudência da Corte Interamericana, que impõe às jurisdições domésticas a observância das regras e princípios que emanam com caráter geral a partir da interpretação da Corte nos casos concretos, ainda que o Estado não seja parte no caso em comento. Tal entendimento já foi, inclusive, esclarecido:

(...) en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en

³²⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 267-268.

³²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 20 de marzo de 2013.

³³⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 280.

*la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana*³³¹.

Esse processo tem como objetivo uma homogeneização dos direitos humanos no âmbito dos ordenamentos constitucionais da região, consolidando o já mencionado *ius commune* latino-americano. Essa homogeneização não implica uniformidade absoluta, como ressalta Humberto Nogueira Alcalá³³², uma vez que os ordenamentos nacionais podem assegurar um nível maior de direitos em relação às garantias mínimas previstas pelo Sistema Interamericano.

Nas palavras de Flávia Piovesan, “a Convenção Americana, como um verdadeiro código interamericano de direitos humanos, (...), traduz a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção”³³³, servindo, portanto, ao duplo propósito de promover os direitos humanos no plano interno dos Estados e prevenir retrocessos no regime da proteção desses direitos.

Importante refutar, ainda, a crítica de alguns autores de que a eficácia *erga omnes* generalizada da jurisprudência da Corte Interamericana insiste em

³³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de 20 de marzo de 2013.

³³² ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Derechos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 280.

³³³ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Protección dos Derechos Humanos: impacto, desafíos e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Derechos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 340.

um modelo hierárquico de supremacia do direito internacional³³⁴. Não é essa a luz conferida à *coisa interpretada* da Corte neste trabalho. O que se propõe, ao revés, é uma necessária observância da normativa internacional, que engloba tanto os textos de tratados e declarações de direitos humanos, mas também das decisões dos tribunais que os carregam de sentido, e não uma cega aplicação desses entendimentos, que pressuporia a Corte Interamericana como hierarquicamente superior. O prisma, aqui, relembra-se, é do modelo coevolutivo de Manuel Eduardo Góngora-Mera³³⁵.

Não é de forma aleatória que o Sistema Interamericano busca exercer esse nível de influência nos ordenamentos domésticos. O referido *ius commune*³³⁶ pode ser facilmente identificado na essência daquilo que preveem as próprias Constituições latino-americanas³³⁷, as quais evidenciam um verdadeiro desejo de integração por meio de suas cláusulas de abertura. Esse direito comum³³⁸ que se percebe na região pode ser explicado a partir das experiências semelhantes que os vários Estados latino-americanos passaram com a retomada democrático-constitucional na segunda metade do século XX³³⁹. Isso porque, resguardadas as peculiaridades locais, em muito se assemelham os processos políticos e constitucionais que emergiram como respostas às atrocidades outrora cometidas.

³³⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René, PÉREZ, Aida Torres. (Coord.). **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Manual. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior, 2014, p. 249.

³³⁵ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 332.

³³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2016.

³³⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. La Internacionalización del Orden Interno en Clave del Derecho Constitucional Transnacional. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 153-154.

³³⁸ CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Emergencia y Consolidación de un Derecho Americano de los Derechos Humanos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 402.

³³⁹ PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 134.

Outro fator de integração são, seguramente, os diálogos que se pautam em relação aos ordenamentos domésticos e o Sistema Interamericano, tendo em vista, inclusive, a aceitação da competência da Corte Interamericana pela maior parte dos países da região³⁴⁰. O Sistema aparece, então, com a pretensão de enfrentamento padrão de violações de direitos, exclusão e desigualdade social na América Latina³⁴¹, buscando implementar *standards* mínimos de proteção de direitos humanos³⁴².

Em que pese se considere que aquilo que vincula em um precedente não é algo pré-delimitado e apenas pode ser determinado com a aplicação reiterada desse precedente³⁴³, a Corte Interamericana busca estabelecer parâmetros que, desde o princípio, possuem a intenção de ser precedente e são, inclusive por ela, aplicados de forma frequente.

E assim o faz com a pretensão de tornar a referida decisão universalizável. É nesse sentido que Neil MacCormick defende que o juiz não está apenas vinculado às decisões do passado, mas sim deve necessariamente utilizar argumentos que possam ser aplicados para os demais casos similares no futuro³⁴⁴.

Conforme os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, precedente "é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina"³⁴⁵. Deve haver, portanto, uma pretensão de universalidade quando da criação de um precedente. Essa decisão precisa, ainda, enfrentar todos os principais argumentos relacionados à

³⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 134.

³⁴¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 121-123.

³⁴² PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 336-339.

³⁴³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 108.

³⁴⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96.

³⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 214.

questão de direito que envolve a moldura do caso concreto, ou seja, deve ser o mais completa possível, tanto no plano fático quanto jurídico³⁴⁶.

Nesta singra, Sergio García Ramírez, ex-presidente da Corte Interamericana, defende que o cumprimento das decisões interamericanas não pode ser analisado caso a caso. Isso porque, para além do cumprimento, a Corte se vale do impacto e da transcendência quando toma suas decisões³⁴⁷.

O cumprimento tem a ver com uma sentença em específico e com o rol de reparações que precisa ser observado pelo Estado condenado. O impacto, por sua vez, diz respeito à influência que certas sentenças podem exercer sobre o ordenamento jurídico e sobre as práticas do Estado em comento. Já a transcendência está diretamente relacionada à forma como essas decisões integram a vida jurídica, política e social do continente como um todo. É nessa lógica que se pretende resolver a partir de poucos casos muitos problemas que assolam a região mais desigual do mundo³⁴⁸. Conforme bem expõe Sergio García Ramírez:

In keeping with the jurisdictional logic that underpins the Court's establishment and operation, it could not be considered that it would need to hear hundreds or thousands of cases on a single treaty-based issue – which would involve an enormous neglect of the individual – in other words, all the litigations that are ever filed in all the countries, resolving one by one the facts that violate rights, and guaranteeing, also one by one, the specific rights and freedoms. The only reasonable possibility of protection implies that once the “interpretation and application criteria” have been established, the States will include them in their legal system, through policies, laws and judgments that give transcendence, universality and effectiveness to the rulings of the Court, which was established – I insist – through the sovereign will of the States, to uphold their basic decisions, explicit in their national constitutions and, evidently, in their international treaty-based commitments³⁴⁹.

³⁴⁶ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 32-33.

³⁴⁷ Palestra ministrada por Sérgio García Ramirez no evento “Diálogo entre Cortes: fortalecimento da proteção dos direitos humanos”, em Brasília, em 31 de março de 2017.

³⁴⁸ IBARRA, Alicia Bárcena; BYANYIMA, Winnie. **América Latina é a região mais desigual do mundo**. Disponível em: < <http://operamundi.uol.com.br/dialogosdosul/america-latina-e-a-regiao-mais-desigual-do-mundo/17032017/>>. Acesso em: 12 out. 2017

³⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Aguado Alfaro e outros vs. Peru**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, nº 158. Voto do juiz Sergio García Ramírez.

É em razão da ordem de violações que ocorrem na região latino-americana, ou seja, graves e sistêmicas violações de direitos humanos, que a Corte Interamericana tem buscado desenvolver uma jurisprudência regional coerente que trate de superar certas particularidades locais e, assim, tem optado por reforçar sua autonomia³⁵⁰. Para Manuel Eduardo Góngora-Mera, a Corte busca uma interpretação homogênea do direito interamericano, admitindo a descentralização do controle de convencionalidade, o qual deve, contudo, ser guiado a partir da interpretação que a própria Corte tem estabelecido das normas interamericanas³⁵¹.

Tendo como premissas as noções da autoridade da *coisa interpretada*, da transcendência e da autonomia, é que se pode adotar a referência ao *stare decisis* também no âmbito da Corte Interamericana e na forma como ela exerce influência em todo o continente. A própria Corte já definiu que é a última intérprete da Convenção e que suas decisões devem ser observadas por todos os Estados que ratificaram tal instrumento³⁵².

Nesse diapasão, entende-se, neste sistema, que a *coisa interpretada* implica o *stare decisis* interamericano. Explica-se: há uma autoridade interpretativa que advém da jurisprudência da Corte Interamericana, a qual opera com base numa “lógica sistêmica de um imperativo de segurança jurídica e de respeito às interpretações da Corte”³⁵³. Tal *stare decisis* reclama a

³⁵⁰ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 320.

³⁵¹ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 321.

³⁵² “The Court is aware that domestic judges and courts are bound to respect the rule of law, and therefore, they are bound to apply the provisions in force within the legal system. But when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State, are also bound by such Convention. This forces them to see that all the effects of the provisions embodied in the Convention are not adversely affected by the enforcement of laws which are contrary to its purpose and that have not had any legal effects since their inception. In other words, the Judiciary must exercise a sort of “conventionality control” between the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights. To perform this task, the Judiciary has to take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid Arrelano e outros vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154).

³⁵³ RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias; GOMES, Evandro Pereira Guimarães Ferreira; VAL, Eduardo Manuel. **Corte Interamericana de Derechos Humanos e os tribunais**

obrigação da observância da norma convencional interpretada pelo Estado, independente se este for parte ou não no processo internacional³⁵⁴.

É esse o entendimento de André de Carvalho Ramos, ao constatar que as sentenças da Corte Interamericana geram tanto o efeito de coisa julgada *inter partes*, quanto de *coisa interpretada*, “pelo qual os órgãos internos devem se orientar pela interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de concretizar a responsabilidade internacional do Estado que representam”³⁵⁵.

Essa vinculação ocorre por cinco razões justificadoras³⁵⁶. Primeiramente, a Corte Interamericana é a guardiã da Convenção Americana, cabendo a ela a fixação de sentido e alcance das normas existentes no âmbito do Sistema Interamericano³⁵⁷. Em segundo lugar, a Corte Interamericana adota a visão de que a Convenção Americana equivale a um instrumento vivo (*living instrument*), o que implica uma interpretação evolutiva da normativa internacional. Além disso, há que se lembrar da questão econômico-processual, já que seria inviável que a Corte resolvesse todos os problemas da região, caso a caso; daí a importância de rememorar a transcendência, defendida por Sergio García Ramírez.

A quarta razão tem relação com a obediência devida à interpretação preconizada pela Corte, sendo que o desrespeito às decisões internacionais por si só é apto a configurar responsabilidade internacional estatal. Por fim, não é possível deixar de mencionar a previsão do artigo 69 da Convenção Americana, o qual determina que “a sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção”. Tal dispositivo

brasileiros no controle difuso de convencionalidade: o reconhecimento e cumprimento das decisões internacionais no Brasil. 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito. Niterói: PPGSD-UFF, n.5, v. 20, p. 15.

³⁵⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C, nº 220. Voto do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

³⁵⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 236.

³⁵⁶ RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias; GOMES, Evandro Pereira Guimarães Ferreira; VAL, Eduardo Manuel. **Corte Interamericana de Direitos Humanos e os tribunais brasileiros no controle difuso de convencionalidade:** o reconhecimento e cumprimento das decisões internacionais no Brasil. 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito. Niterói: PPGSD-UFF, n.5, v. 20, p. 16-17.

³⁵⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Aguado Alfaro e outros vs. Peru**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, nº 158. Voto do juiz Sergio García Ramírez.

ressalta o caráter teleológico das decisões da Corte, que precisam ser necessariamente consideradas pelos países da região.

Mas a que serve exatamente o *stare decisis* neste contexto? No que diz respeito aos ensinamentos de Scott Hershovitz, Estefânia Barboza esclarece as razões que explicam tanto o *stare decisis* vertical quanto o *stare decisis* horizontal. A explicação para a deferência das cortes inferiores às cortes superiores se justifica na medida em que facilita a coordenação entre os juízes e tem o potencial de melhorar o processo de decisão judicial, uma vez que os juízes dos tribunais superiores são mais experientes do que os demais. O *stare decisis* horizontal, por sua vez, é justificado em razão do direito visto com integridade e do compromisso com a história da comunidade³⁵⁸.

Ainda que a analogia em relação ao âmbito internacional não se dê de forma direta, e não se possa afirmar que a Corte Interamericana é superior em relação ao STF, por exemplo, é perfeitamente possível compreender que os juízes da Corte Interamericana têm, certamente, mais autoridade e conhecimento específico acerca do Sistema Interamericano, tanto que são os únicos responsáveis pela realização do controle concentrado de convencionalidade, tidos com últimos intérpretes da Convenção Americana.

O que se percebe, em última instância, é um Sistema Interamericano composto pelo diálogo vertical-horizontal entre a Corte Interamericana e as cortes domésticas que não está pautado numa estrutura organizacional tradicional e hierárquica, mas sim no princípio da subsidiariedade³⁵⁹ e no princípio *pro persona*. Tal assertiva não isenta os Estados de pautar suas decisões em conformidade com a interpretação adotada pela Corte; ao revés, incentiva-os a dialogar e, ainda que as conclusões alcançadas não sejam exatamente as mesmas, ao menos fundamentar adequadamente as razões para tanto.

Convém, inclusive, lembrar que, no caso do Brasil e de tantos outros países da América Latina, foi uma opção do constituinte pautar os direitos nos diálogos entre esferas nacionais e internacionais, vide artigos 1º, III, 4º, II, 5º,

³⁵⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 199.

³⁵⁹ Conforme o artigo 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre os requisitos para admissibilidade de petição no Sistema, encontra-se o esgotamento dos recursos internos.

§§ 1º, 2º e 3º da Constituição brasileira de 1988. Ademais, o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê, no mesmo sentido, a formação de um tribunal internacional de direitos humanos, categoria que encaixa a Corte Interamericana de Direitos Humanos nessa estrutura. Sem falar, é claro, da ratificação da Convenção Americana e da aceitação soberana por parte do Estado brasileiro no que respeita ao exercício da jurisdição da Corte.

Ademais, no que tange ao *stare decisis* horizontal, os juízes da Corte se mostram preocupados com a integridade, ao passo que decidem em respeito às razões de decidir prévias desde suas primeiras sentenças. É dessa forma que as decisões da Corte Interamericana se aproximam daquelas tomadas pelos juízes do *common law*. Isso porque o juiz do *common law* deve ter um raciocínio mais amplo do que o do juiz do *civil law* ao se deparar com um caso novo, haja vista responsabilidade de fundamentação que caberá também a demais casos e que extrapola a relação *inter partes*³⁶⁰.

A fundamentação exaustiva, marcada pela preocupação tanto em relação ao passado quanto com vistas ao futuro, é algo característico da Corte Interamericana. Para comprovar tal hipótese, elencou-se o tema da justiça de transição (*transitional justice*), que será explorado de maneira breve e apenas exemplificativa, tão somente com a finalidade de demonstrar a coerência e integridade adotadas pela Corte. Trata-se de uma das categorias de violações a direitos humanos analisadas pela Corte, conforme Flávia Piovesan, na qual se encontram as decisões relativas ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade³⁶¹.

³⁶⁰ Segundo William Pugliese, “o magistrado norte-americano, por exemplo, deve procurar resolver o caso e ter em mente que a sua decisão será fundamento para muitas outras. Isso torna a atividade judicante mais relevante e enaltece a função do juiz. Ao mesmo tempo, esses efeitos que extrapolam a relação *inter partes* conferem-lhe maior responsabilidade, pelo que deve fundamentar de modo exaustivo suas decisões e considerar se a solução do caso concreto é razoável para a solução das demais situações que podem ser levadas ao Judiciário” (PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 117).

³⁶¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 397.

Desde o seu primeiro caso contencioso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*³⁶², a Corte Interamericana julga casos que envolvem as mais variadas violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial na região latino-americana. Mas foi com o caso *Barrios Altos vs. Peru*³⁶³, julgado em 2001, que um país foi condenado pela primeira vez a reabrir as investigações, de forma a tornar sem efeito leis de anistia que foram aprovadas. Flávia Piovesan expressa, com maestria, as razões determinantes à conclusão que chegou a Corte:

Concluiu a Corte que as leis de “autoanistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistia configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária³⁶⁴.

Da mesma forma, importantes demandas acerca da mesma temática foram levadas à Corte, na busca da revogação de leis de anistia e da concretização do direito à verdade, a exemplo dos casos *Almonacid Arellano vs. Chile*³⁶⁵ de 2006, *Gomes Lund e outros vs. Brasil*³⁶⁶ de 2010 e *Gelman vs. Uruguai*³⁶⁷ de 2011³⁶⁸.

Destaca-se, em especial, caso envolvendo o Brasil, que é também conhecido por *Guerrilha do Araguaia*, oportunidade em que o país foi

³⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, nº 4.

³⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Sentença de 14 de março de 2001. Série C, nº 75.

³⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 398.

³⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154.

³⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219.

³⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, nº 221.

³⁶⁸ Os casos aqui mencionados foram baseados no levantamento de casos paradigmáticos feito por Flávia Piovesan, quando da identificação de cinco diferentes categorias de violação a direitos humanos considerando a atuação da Corte Interamericana, sendo que uma dessas categorias é a de violações que refletem questões da justiça de transição. (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 397).

condenado devido ao desaparecimento de indivíduos durante operações da ditadura civil-militar. A Corte, novamente, reafirmou seu entendimento consolidado de que as leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana e com o direito internacional, respaldando sua argumentação, inclusive, em decisões da Argentina, Chile, Peru, Uruguai e Colômbia³⁶⁹ que invalidaram leis do mesmo teor, reafirmando a premissa adotada nesta pesquisa de que o diálogo é uma via de mão-dupla.

Para além das decisões nacionais, a Corte fez referência, neste caso, às suas sentenças prévias acerca das leis de anistia, mais precisamente: referenciou os casos *Barrios Altos vs. Peru* e *Almonacid Arellano vs. Chile* cinco vezes cada. No caso *Gelman vs. Uruguai*, o mais recente sobre o tema escolhido para essa amostra, não foi diferente: a Corte não deixou de mencionar as razões de decidir dos casos envolvendo o Peru e Chile, acrescentando a sua jurisprudência, o caso envolvendo o Brasil para demonstrar a falta de compatibilidade de leis de anistia com a Convenção Americana.

É dessa maneira que no caso *Almonacid Arellano vs. Chile* a Corte faz referência ao caso *Barrios Altos vs. Peru* de forma expressa para explicar sua forma de decidir e sua linha de raciocínio, *in verbis*:

This Judgment rendered by the Inter-American Court in the Case of Almonacid-Arellano et al. v. Chile follows the line of reasoning first introduced in its historic Judgment (of March 14, 2001) in the Case of Barrios Altos v. Peru (...) The Judgment rendered by the Court in the Case of Barrios Altos, -in which there was acquiescence on the part of the Peruvian State-, has become well-known and renowned within international legal circles throughout the world as it was the first time an international court held that a self-amnesty law had no legal effects³⁷⁰.

Importa ressaltar, por fim, que apesar do *stare decisis* horizontal no âmbito da Corte não decorrer de previsão expressa, tampouco de uma lógica

³⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 399.

³⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154.

de que o Sistema deve necessariamente observar decisões prévias³⁷¹ (como ocorre, por exemplo, nas tradições do *common law*), a Corte não deixa de observar a *ratio decidendi* de decisões anteriores acerca do mesmo tema, tampouco os fundamentos que a levaram a decidir de tal forma, valorizando o uso dos precedentes e dando voz às suas pretensões de decisões universalizáveis e da transcendência no âmbito regional para construção de um *ius commune* latino-americano.

Ocorre que o *stare decisis* interamericano não tem sido devidamente observado no território nacional. Muito se deve aos primeiros obstáculos mencionados no capítulo anterior, ou seja, à questão da soberania, à hierarquia dos tratados, à falta de conhecimento dos operadores e à aplicação decorativa de decisões estrangeiras. De qualquer sorte, um dos elementos essenciais para tal ausência dialógica diz respeito à forma como se tem estruturado o sistema de precedentes no Brasil, ainda recente e, possivelmente, não incorporado à cultura jurídica pátria, questões que serão avaliadas no próximo item.

4.3 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

No âmbito do diálogo entre o Sistema Interamericano e os ordenamentos locais, muito há que se falar na responsabilidade crescente dos operadores jurídicos nacionais. Na visão do juiz da Corte Interamericana Ferrer Mac-Gregor³⁷², o que permite chegar à tal conclusão é, sobretudo, a doutrina do controle de convencionalidade difuso, entendido como aquele que é exercido por todo e qualquer juiz. Não se trata de determinar quem tem a última palavra, mas sim do encorajamento criativo e responsável do diálogo jurisprudencial comprometido em garantir a efetiva aplicação dos direitos humanos.

³⁷¹ Para Jo M. Pasqualucci “*there is no formal rule of stare decisis in the Inter-American system, although the Inter-American Court regularly cites to and quotes its jurisprudencia constante, or well-established case law*”. (PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of Inter-American Court of Human Rights**. University of South Dakota, School of Law, Second Edition, 2013, p. 48).

³⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C, nº 220. Voto do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Nesse íterim, os juízes domésticos se tornam os primeiros juízes interamericanos. São eles que carregam a grande responsabilidade de harmonizar a legislação nacional em relação aos parâmetros interamericanos. A Corte Interamericana deve acompanhar esse processo e estar plenamente consciente dos padrões desenvolvidos em sua jurisprudência, considerando também a margem de discricionariedade nacional de que gozam os Estados na interpretação do *corpus juris* interamericano. Muito se espera dos juízes interamericanos e, quanto mais eles exigem de si mesmos, mais eles podem exigir, por sua vez, dos tribunais domésticos.

É com aproximação das famílias jurídicas do *common law* e do *civil law*, que se pode apresentar as transformações que o ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo. Não é mais incomum verificar a crescente importância conferida aos precedentes nos países de *civil law*, onde passam a figurar inclusive como fontes do direito³⁷³.

No caso do Brasil, a reforma do judiciário de 2004 procurou introduzir a doutrina do *stare decisis* por meio do instrumento da repercussão geral³⁷⁴ e das súmulas vinculantes³⁷⁵. Ademais, também há que se mencionar a transformação do sistema de controle de constitucionalidade, que privilegia a via concentrada, o que também demonstra o aumento da importância do sistema de precedentes³⁷⁶.

³⁷³ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016, p. 270.

³⁷⁴ Conforme Estefânia Barboza, “a exigência da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (...) demonstra a clara intenção de objetivação do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e aproximação ao sistema americano, que exige que haja repercussão geral, até porque os efeitos da decisão proferida pela Suprema Corte serão *erga omnes* e vinculantes”. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 280).

³⁷⁵ Ainda que a súmula vinculante possa ser compreendida como um instrumento de vinculação ao entendimento de Cortes Superiores, “o precedente não cabe na súmula”, já que só é possível “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”. É esse o entendimento de Lenio Streck e Georges Abboud, para quem “a visão tradicional sobre a súmula vinculante é refratária ao acesso hermenêutico, porque ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto, e não apenas através de uma subsunção de fatos a previsões normativas (...)” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 55).

³⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89.

Da mesma forma, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) trouxe inovações em matéria de jurisprudência. A partir de uma rápida leitura do Código, resta evidente a preocupação do legislador em evidenciar a importância de se seguir as decisões dos tribunais. Desde a exposição de motivos do Anteprojeto do Código, “destacou-se a relevância da uniformização da jurisprudência na busca pela segurança jurídica e pela isonomia, dentre outros valores”³⁷⁷.

Essa busca pela segurança jurídica e pela isonomia demonstra, de forma clara, a preocupação com aquilo que se tem como concepção contemporânea dos direitos humanos. Isso porque, conforme delineado previamente, o respeito aos precedentes permite a garantia de igualdade no Estado de Direito³⁷⁸, sendo esta garantia um dos direitos humanos que se encontra no nascimento do sistema democrático³⁷⁹.

Em primeiro lugar, o artigo 489, §1º, do CPC³⁸⁰, apresenta os elementos que indicam quando uma decisão judicial não pode ser considerada como devidamente fundamentada. Dentre esses elementos, ressalta-se a limitação de indicação de ato normativo sem relacioná-lo com os fatos do caso; a utilização de conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência; e a mera invocação de precedente ou enunciado de súmula sem identificar os fundamentos determinantes relacionando-os com o caso concreto.

Com especial destaque, o inciso VI do mesmo dispositivo determina que não se considera fundamentada a decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. O referido inciso demonstra a importância do papel do advogado, que deve levar determinado precedente a conhecimento do juiz.

³⁷⁷ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 49.

³⁷⁸ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 128.

³⁷⁹ CARPIZO, Jorge. El Contenido Material de la Democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 5.

³⁸⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasil, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

Ademais, permite àquele que decide o caso chegar à conclusão diversa ou ainda superar o entendimento.

Nesse sentido, todo e qualquer juiz tem a possibilidade de divergir das decisões atuais, todavia é preciso que o faça de maneira fundamentada, respeitando as instituições, vale dizer, apontando as decisões contrárias e justificando as razões pelas quais elas não se aplicam ao caso em comento³⁸¹. Se não fundamentar adequadamente, não se está respeitando a integridade nos termos defendidos por Dworkin.

O artigo 926³⁸², também do CPC, dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”³⁸³. Esse artigo traz os elementos da integridade, coerência, estabilidade e uniformidade, os quais já foram devidamente apresentados no subcapítulo anterior e são fundamentais à concepção de Estado Democrático de Direito que aqui se defende. Nesse ínterim, tanto a coerência quanto a integridade possuem como ideia nuclear a concretização da igualdade³⁸⁴ e daí sua importância crucial no âmbito dos direitos humanos.

A concretização prática do artigo 926 do CPC se mostra imprescindível, uma vez “que exige coerência e integridade da atividade dos tribunais, bem como a correta compreensão do elemento hermenêutico que deve ser ínsito à aplicação de todo provimento judicial vinculatório”³⁸⁵. William Pugliese, na conclusão de sua obra “Princípios da Jurisprudência”, esclarece que as decisões devem ser coerentes, ou seja, fundamentadas com base nos princípios que justificam as normas do ordenamento, mas também íntegras, vale dizer, é preciso que seja feita uma opção dentre as várias possíveis. Segundo o autor, esses elementos levam à estabilidade na argumentação

³⁸¹ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 110.

³⁸² BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasil, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

³⁸³ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasil, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 119.

³⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 116.

jurídica, uma vez que reforçam os preceitos do *stare decisis*, tornando-se forçoso conferir tratamento semelhante a situações similares³⁸⁶.

Ainda, o artigo 927³⁸⁷, do mesmo documento, exige dos juízes e tribunais a observância das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, dos enunciados de súmulas do STF e do STJ, além de certos acórdãos e orientações, explicitando um “rol de precedentes aparentemente obrigatórios”³⁸⁸.

Há também outros dispositivos do Código de Processo Civil em vigor que buscam ampliar a previsibilidade das decisões e valorizam o sistema de precedentes. Entretanto, apesar das inovações legislativas, elas não são, por si só, suficientes. Nas lições precisas de William Pugliese:

A efetividade dos precedentes em um sistema jurídico não depende apenas de sua introdução no ordenamento pela via legislativa. Esta prática, na verdade, não é comum nos sistemas que seguem a tradição da *common law*, tampouco é utilizada pela *civil law*. Pelo contrário, os precedentes são costumeiramente apresentados como resultado de uma teoria cujo ponto de partida é uma premissa básica acerca do direito: *stare decisis et non quieta movere*. Em uma adaptação do latim ao português, a expressão representa a ideia de manter aquilo que foi decidido e não alterar aquilo que foi estabelecido. Assim, ao ligar o *stare decisis* às decisões tomadas pelos tribunais, define-se a linha mestra que deveria pautar a atuação das cortes, qual seja, a de respeitar suas decisões anteriores e não alterar seus posicionamentos. Em uma acepção contemporânea desta doutrina, autores também se utilizam da expressão “*treat like cases alike*”³⁸⁹.

Ocorre que não existe uma teoria desenvolvida, no Brasil, acerca dos pressupostos e dos requisitos da decisão judicial à luz dos efeitos que ela pode produzir³⁹⁰. Lenio Streck e Georges Abboud explicam que o que se verifica no

³⁸⁶ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 148.

³⁸⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasil, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

³⁸⁸ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 50.

³⁸⁹ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 54.

³⁹⁰ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 52.

ordenamento jurídico brasileiro, na realidade, é “um elevado grau de discricionariedade, que fatalmente descamba para a arbitrariedade”³⁹¹.

Para José Rodrigo Rodriguez, a justiça brasileira é uma *justiça opinativa*, em que se notam estilos de julgar individuais e não de um colegiado, como um “argumento de autoridade”, sem qualquer contextualização³⁹². Já Cândido Dinamarco acredita que se vive, no Brasil, uma *jurisprudência lotérica*³⁹³, haja vista número sem tamanho de julgados com soluções diversas a questões similares.

Não há como conceber decisões discrepantes, em especial nos casos em que estão em jogo questões extremamente fundamentais que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, marcada por um núcleo essencial de sentido e por um conceito funcional único em nível doméstico e transnacional³⁹⁴. Essa dignidade, na visão de Luís Roberto Barroso, está “destinada a assegurar o mesmo valor intrínseco para todos os seres humanos”³⁹⁵.

Com efeito, as Cortes têm apresentado uma postura irresponsável ao proferir decisões que determinam modificações repentinas em sua jurisprudência, sem apresentar a devida fundamentação pela qual estão revendo posicionamentos anteriormente adotados³⁹⁶. Nas palavras de William Pugliese, “o tratamento variável de casos semelhantes, de maneira desmotivada e rotineira, origina uma jurisprudência instável e provoca

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 83.

³⁹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 82.

³⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 1123.

³⁹⁴ Luís Roberto Barroso explica que “é verdade que circunstâncias culturais e históricas de diferentes partes do mundo afetam decisivamente o significado e o alcance da dignidade humana. Porém, como intuitivo, aceitar que uma ideia possa estar integralmente à mercê de vicissitudes geopolíticas, sem conservar um núcleo essencial de sentido, inviabilizaria o seu uso como um conceito funcional em nível doméstico e transnacional”. (BARROSO, Luís Roberto. “**Aqui, lá e em todo lugar**”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais. 2012, p. 193).

³⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. “**Aqui, lá e em todo lugar**”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais. 2012, p. 195.

³⁹⁶ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 142.

divergências jurisprudenciais nocivas para o jurisdicionado e para o próprio sistema jurídico”³⁹⁷.

É certo que é, no mínimo, legítima a expectativa de um sujeito que se encontre em situação análoga à de outro sujeito e que já foi objeto de decisão do Poder Judiciário, em não ser surpreendido por uma resposta diversa³⁹⁸, apenas porque determinado juiz pensa de outra forma. Segundo Estefânia Barboza, essa realidade também afeta a Corte Suprema do país:

(...) verifica-se que não há qualquer preocupação quanto ao Supremo justificar perante a sociedade a integridade de suas decisões, no sentido de que não parte de suas decisões anteriores sobre determinado assunto quer para tratar os cidadãos com igual consideração e respeito, quer para a partir da decisão anterior demonstrar que o Tribunal agora entende que modo diferente ou que o novo caso não se assemelha ao anterior de modo a justificar a aplicação do precedente³⁹⁹.

Isso ocorre em razão do “individualismo do juiz do *civil law*”⁴⁰⁰, na visão de Luiz Guilherme Marinoni. Segundo o autor, tendo em vista que o juiz ou Tribunal não decidem para si, mas sim para o jurisdicionado, é preciso que compreendam que estão inseridos em um sistema e que a decisão que tomam é parte de um todo e não algo construído de forma individualizada.

Essa lógica impera também no STF, cúpula máxima do Poder Judiciário que deveria servir de exemplo aos demais órgãos. No entanto, a falta de colegialidade e o individualismo de cada um dos ministros dificultam sobremaneira esse processo e o sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Marcelo Neves bem expõe a preocupação com a qualidade argumentativa da Corte:

É verdade que essa decisão relaciona-se com a própria organização institucional do procedimento de tomada de

³⁹⁷ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 143.

³⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

³⁹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266.

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 49, 2009, p. 36.

decisão no STF. Cada Ministro apresenta votos (geralmente longuíssimos) em separado, aduzindo argumentos e razões os mais diversos. Não é comum que cheguem aos mesmos resultados com argumentos os mais diferentes. O acórdão final torna-se, em casos relevantes, inconsistente: o fato de a maioria ou a unanimidade decidir no sentido da parte dispositiva do acórdão nada diz sobre os seus fundamentos, pois cada um aduz argumentos que, em alguns casos, são incompatíveis. Como se orientar em futuros casos com base em um acórdão confuso e, eventualmente, contraditório em seus fundamentos? Mas a questão que não se refere apenas a essa forma de tomada do voto e de lavramento do acórdão (que fica praticamente a cargo do relator ou, quando este é vencido, do revisor). Há também pouca clareza e consistência na posição da Corte como um todo e de alguns juízes em especial, com variações de caso a caso. Evidentemente, a jurisprudência, inclusive consolidada, pode ser modificada mas isso exige certa sobrecarga argumentativa e, especialmente, transparência, deixando-se clara a mudança de orientação. A maleabilidade, no âmbito da qual as mitigações são frequentes e a "exceção" pode tornar-se a "regra", é prejudicial à força normativa da Constituição e à autoconsistência constitucional do direito⁴⁰¹.

Para Conrado Hübner Mendes, de nada vale apresentar refinados argumentos de interpretação constitucional, se o STF não os leva a sério, oscilando conforme a ocasião e não respeitando os seus próprios precedentes⁴⁰². O jurista afirma que o Tribunal vive o *paradoxo das onze ilhas*⁴⁰³, que demonstra o individualismo com que decidem os ministros, contrariado a noção tão importante de órgão colegiado, o qual deve alcançar uma decisão consensual, por meio de argumentos consistentes e razões claras.

É dessa forma que se verifica uma verdadeira inexistência de unidade institucional e decisória no âmbito do STF, que não decide como instituição, mas por meio da soma dos votos individuais de seus ministros. Isso impede que se consolide um entendimento do Tribunal acerca de determinado tema,

⁴⁰¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 199-200.

⁴⁰² RECONDO, Felipe. **Aécio Neves, o Supremo e o poder da última palavra**. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/aecio-neves-o-supremo-e-o-poder-da-ultima-palavra-11102017>>.

Acesso em: 14 out. 2017.

⁴⁰³ MENDES, Conrado Hübner. **Onze ilhas. Folha de São Paulo**, 01-02-2010, p. 3.

obstando a retirada da *ratio decidendi* e dos princípios que a fundamentam⁴⁰⁴, inviabilizando a utilidade do precedente para os casos futuros.

A dificuldade em obter uma *ratio decidendi* das decisões da Corte Suprema não tem relação apenas com um aspecto institucional e não visa tão somente à maior eficiência do Poder Judiciário. A preocupação maior se volta ao indivíduo e à proteção da dignidade da pessoa humana, sendo que a necessidade de fundamentação adequada é voltada, ao fim e ao cabo, a todos aqueles que buscam dos juízes e tribunais soluções para seus problemas concretos e para possíveis violações de direito alegadas.

Da mesma forma que, no capítulo que precedeu este, procurou se demonstrar, de maneira sucinta, de que forma a integridade e a coerência se fazem presentes nas decisões da Corte Interamericana, elegeu-se para a mesma finalidade no caso do Brasil a temática da justiça de transição.

Em primeiro lugar, a falta de coerência e integridade com relação à mesma temática pode ser percebida no âmbito do próprio STF, tendo em vista, especialmente, o fenômeno das *onze ilhas* supramencionado. Cita-se, para efeitos exemplificativos, a decisão hesitante da Corte Suprema brasileira diante do pedido de extradição, formulado pela Argentina e pelo Uruguai, do major do exército uruguaio Manuel Cordeiro Piacentini.

No caso Cordero, estava em trâmite a possibilidade de julgamento e punição de um dos protagonistas da Operação Condor, marcada pela repressão política que envolveu vários países da América do Sul, nos anos em que viviam ditaduras civis-militares⁴⁰⁵. O voto do relator, ministro Marco Aurélio, nega o pedido de extradição, tendo em conta a anistia e o fato de que é preciso que haja simetria, ou seja, deve haver a possibilidade do extraditando ser responsabilizado pelo crime que cometeu em território nacional. Para o ministro:

Em última análise, o Supremo está a enfrentar, nesse caso, na via indireta, é certo, a problemática alusiva a tema que, há

⁴⁰⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica:** fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 267.

⁴⁰⁵ VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: **A Anistia na Era da Responsabilização:** O Brasil em perspectiva internacional e comparada. Ministério da Justiça, Comissão de Anistia. Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011, p. 313.

pouco, esteve em voga – o alcance da anistia. Se deferida essa extradição, assentar-se-á a viabilidade de persecução criminal, de responsabilidade administrativa e civil, no tocante a fatos cobertos pela anistia e, então, esvaziada na essência será essa última, não mais implicando a suplantação de quadra indesejada. Feridas das mais sérias, considerando repercussões de toda ordem, poderão vir a ser abertas. Isso não interessa ao coletivo. Isso não interessa à sociedade, presentes valores maiores. Isso resultará em retrocesso dos mais nefastos⁴⁰⁶.

Essa não foi, contudo, a conclusão da Corte, cuja maioria deferiu parcialmente o pedido de extradição. Ocorre que, após a divergência do ministro Cezar Peluso, os demais ministros não enfrentaram a questão da lei de anistia proposta pelo relator e deferiram parcialmente a extradição, tendo em conta questões atinentes à prescrição ou não do crime cometido, bem como do tipo penal, se instantâneo ou permanente.

Essa decisão, a despeito da solução final apontada pela maioria dos julgadores, demonstra a falta de colegialidade e a dificuldade de se extrair uma razão de decidir a partir dos votos dos ministros do STF. Isso porque, tendo sido posto o tema da lei de anistia pelo ministro relator, os demais ministros deveriam ter se manifestado a respeito antes de apontarem suas conclusões.

A decisão paradigmática acerca da lei de anistia brasileira decorreu, na sequência, da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, julgada pelo STF em abril de 2010⁴⁰⁷. Tal decisão vai de encontro à linha de raciocínio adotada pela Corte Interamericana e demonstra uma clara violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que não invalida a referida lei e não permite a reabertura da investigação com relação aos perpetradores de violações à época da ditadura no país.

Segundo a Suprema Corte, a lei de anistia permanece válida e devidamente recepcionada pela Constituição de 1988. De tal sorte, os crimes praticados, por motivação política, durante a ditadura civil-militar foram integralmente anistiados, não havendo possibilidade da abertura de qualquer processo criminal contra os infratores.

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ext. 974. Requerente: Governo da Argentina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 06 ago. 2009. DJ 03 dez. 2009.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153-DF, Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Arguido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 abr. 2010. DJ 05 ago. 2010.

Ainda que a decisão do STF tenha sido anterior à condenação brasileira no caso *Guerrilha do Araguaia*, não há como ignorar que o Tribunal não se pautou em nenhuma modalidade de diálogo que aqui se enaltece. Isso porque as decisões paradigmáticas de condenação do Peru e do Chile previamente citadas datam de 2001 e 2006 respectivamente e sequer foram devidamente consideradas pela Suprema Corte.

O voto do relator, então ministro Eros Grau, apenas faz menção à Corte Interamericana uma única vez, citando o caso *Almonacid Arellano vs. Chile* para enfatizar que a autoridade da Corte fora reconhecida apenas em 2002 pelo Brasil e somente para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, desconsiderando, portanto, a jurisprudência sólida da Corte que caminha no sentido oposto e que culminou na condenação brasileira alguns meses após o julgamento da ADPF 153/DF.

Ainda, à época da decisão, entre as normas internacionais em vigência no país, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, “pilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que sequer foram aplicados em seu mais qualificado voto, o do dissidente ministro Ricardo Lewandowski⁴⁰⁸.

Ocorre que, em cumprimento à decisão no caso *Gomes Lund*, o Ministério Público Federal, por meio do Documento nº 1/2011 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, entendeu não haver colisão entre a decisão da Corte Interamericana e a decisão do STF na ADPF 153/DF⁴⁰⁹. Da mesma forma entende André de Carvalho Ramos, para quem “eventuais conflitos são apenas conflitos aparentes, fruto do pluralismo normativo, aptos a serem solucionados pela via hermenêutica”⁴¹⁰.

Nesse ponto, por meio, inclusive, de parecer apresentado na ADPF 320, acerca do cumprimento do caso em que o Brasil fora condenado, o MPF

⁴⁰⁸ VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: **A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Ministério da Justiça, Comissão de Anistia. Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011, p. 321-322.

⁴⁰⁹ MEYER, Emílio Peluso Neder. Responsabilização e Ditadura. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia. **Justiça de Transição na América Latina: panorama 2015**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016, p. 51.

⁴¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

encampou a tese de que os crimes cometidos na ditadura são crimes contra a humanidade e, portanto, os violadores devem ser devidamente responsabilizados⁴¹¹. A partir de então, tem ajuizado ações que fazem referência ao contexto de ataque sistemático e generalizado à população civil, configurando os crimes cometidos como delitos de lesa-humanidade.

É dessa forma que hoje se verifica, no Brasil, a possibilidade das mais diversas decisões no que tange à persecução criminal de agentes da ditadura, sejam elas a favor ou contra a responsabilização dos infratores, baseadas no entendimento do Sistema Interamericano ou do STF. Tal discrepância e falta de integridade se justificam por algumas razões que merecem ser destacadas.

Em primeiro lugar, a visão ainda refratária, pautada na soberania estatal, e nada dialógica do STF repercutiu na decisão da ADPF 153, que não levou em conta as decisões dos países vizinhos acerca da mesma temática, tampouco a consolidada jurisprudência da Corte Interamericana.

Ademais, os argumentos das decisões dos juízes federais que enfrentam o tema em decorrência das ações ajuizadas pelo MPF demonstram, claramente, outro dos desafios à concretização do diálogo mencionado no capítulo anterior: o completo desconhecimento e a ignorância dos operadores do direito sobre o direito internacional dos direitos humanos. Veja-se que na grande maioria dos casos o sistema internacional sequer é trazido à baila⁴¹².

Outrossim, a ausência de respeito ao sistema de precedentes, que engloba não apenas o âmbito nacional, mas também as decisões internacionais, tem permitido com que, em inúmeras ocasiões, a Justiça Federal decida pela não responsabilização⁴¹³, com base na decisão exarada

⁴¹¹ MEYER, Emílio Peluso Neder. Responsabilização e Ditadura. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia. **Justiça de Transição na América Latina: panorama 2015**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016, p. 51.

⁴¹² MEYER, Emílio Peluso Neder. Responsabilização e Ditadura. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia. **Justiça de Transição na América Latina: panorama 2015**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016, p. 54.

⁴¹³ Até 12 de fevereiro de 2016, 17 ações penais foram propostas por membros do MPF em todo o país. Cinco denúncias foram inicialmente recebidas, mas, em todos esses casos, houve suspensão do processo, seja por reclamação ajuizada no Supremo Tribunal Federal, seja por *habeas corpus* concedido pelo Tribunal Regional Federal competente. Oito denúncias foram rejeitadas de plano e, em quatro ações penais, não havia elementos para aferir o andamento da denúncia. (MEYER, Emílio Peluso Neder. Responsabilização e Ditadura. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia. **Justiça de**

pelo STF, desconsiderando completamente o entendimento interamericano e a necessidade de se observar, por meio do controle de convencionalidade, a compatibilidade da lei de anistia com a Convenção Americana. Essas decisões recusam efeito vinculante à sentença internacional (Caso *Gomes Lund vs. Brasil*) e impedem o prosseguimento da persecução penal por fundamentos de anistia, prescrição e coisa julgada⁴¹⁴, numa plena afronta à proteção internacional dos direitos humanos e à autoridade da Corte Interamericana.

É nesse tom que se percebe uma ausência total de coerência e integridade no âmbito brasileiro, que permite a desconsideração absoluta do *stare decisis* interamericano e gera insegurança jurídica por parte dos jurisdicionados que clamam para verem reparadas violações a seus direitos humanos e não encontram seus apelos atendidos.

Transição na América Latina: panorama 2015. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016, p. 53).

⁴¹⁴ Parecer MPF, 28 de agosto de 2014, p. 50. ADPF 320-DF, em trâmite perante o STF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Luiz Fux.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, pretendeu-se demonstrar em que medida o Sistema Interamericano de Direitos Humanos impacta a região latino-americana por meio do *stare decisis* interamericano e de que forma isso se opera em relação ao diálogo com o Brasil. Para tanto, partiu-se da premissa de que o Sistema Interamericano tem como um de seus importantes objetivos a consolidação democrática regional.

O processo de democratização possui duas transições fundamentais. Em primeiro lugar, é preciso que haja uma transição de um regime autoritário anterior que cede à instalação de um governo democrático. Em segundo lugar, deve haver uma transição entre a instalação deste governo e a consolidação democrática, ou seja, é preciso que se note a efetiva vigência do regime democrático⁴¹⁵.

O Brasil, a exemplo dos demais países latino-americanos, viveu recentemente a primeira transição que compõe o processo de democratização. Esse trabalho, contudo, voltou-se à segunda transição, que complementa a primeira e permite uma análise completa do fenômeno da democratização: a consolidação da democracia, a qual ainda não ocorreu de forma plena na região latino-americana.

Mas de que democracia está se falando? Pretendeu-se, no primeiro capítulo, apresentar a noção substancial democrática, que vai além das vontades majoritárias e compreende o respeito às opiniões das minorias e aos direitos humanos de todo e qualquer indivíduo.

Para tanto, a atuação das cortes e sua incumbência de defender *trunfos contramajoritários*⁴¹⁶ desempenha papel fundamental no Estado Democrático de Direito que aqui se anuncia. Esses *trunfos* devem ser reconhecidos a todos os grupos e são compreendidos a partir da relação entre

⁴¹⁵ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 336.

⁴¹⁶ Expressão emprestada da obra: DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153.

a moralidade e o direito, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia e da autodeterminação.

É dessa forma que a democracia e os direitos humanos compõem duas faces de uma mesma moeda, já que são noções que caminham com muita proximidade e no mesmo sentido, uma vez que têm como fundamento o mesmo convencimento moral de igual respeito a todos. A democracia é, nesse sentido, a forma política de exprimir a dignidade humana.

Importante esclarecer, ainda, que a democracia é tanto ponto de partida quanto ponto de chegada. O valor da democracia está na confiança que nela se deposita para conhecer os direitos morais. Assim, mesmo os direitos *a priori*, que são pré-condições para a democracia, são, em última instância resultado do seu procedimento.

Vale dizer, a democracia é ponto de partida para o caminhar dos direitos humanos, uma vez que sem ela os indivíduos não têm voz e a dignidade da pessoa humana resta mitigada; mas é também ponto de chegada, já que é por meio dos direitos humanos que se aprimora ainda mais o regime democrático. O Sistema Interamericano, por exemplo, opera na lógica da busca da consolidação democrática na região. Esse ponto de chegada não é, todavia, um ponto final, pois essa consolidação é contínua e permanente.

De tal modo, não há que se falar em Estado de Direito se não houver um Estado Democrático de Direito, o qual traz em seu âmago os direitos humanos e, principalmente, mecanismos suficientes para protegê-los. Uma Constituição e um Estado de Direito que não são democráticos são, na realidade, instrumentos de opressão.

Ainda, esse componente democrático deve valer-se das esferas internacionais e não restar limitado às fronteiras estatais. Essas esferas internacionais apontam para um movimento que surgiu no contexto pós Segunda Guerra Mundial, o qual levou à *descartabilidade* do ser humano, e direcionou os olhares do mundo todo ao *direito a ter direitos*.

As atrocidades cometidas não podiam mais se repetir e se percebeu como premente a reconstrução dos direitos humanos, após esse cenário de ruptura. Tem início, então, uma nova era, sublinhada pelo valor da dignidade humana como fundamento da proteção e marcada pelo processo de

internacionalização da positivação e garantia de direitos, que passam a ser tidos como universais e indivisíveis.

É a partir de então que a dignidade humana passa a funcionar como um referencial ético a orientar os constitucionalismos e rever o conceito tradicional de soberania, conferindo destaque ao indivíduo e sua essência, o que permite falar em segurança jurídica, carregada de coerência e integridade, elementos que possuem como ideia nuclear a concretização da igualdade.

No âmbito interno, surgem as cláusulas de abertura nas Constituições, que expandem os blocos de constitucionalidade, reconhecendo a aplicabilidade do princípio *pro persona* e possibilitando os diálogos entre esferas nacionais e internacionais. Esses diálogos, contudo, só ocorrem efetivamente quando há interesse em compartilhar ideias, quando se fala num mesmo idioma e quando se verifica uma verdadeira troca de informações.

Ainda, não há que se falar em autoridade hierárquica, mas sim em cooperação e coexistência de interesses entre os âmbitos internos e internacionais. Esses diálogos, outrossim, não produzem necessariamente consenso e podem ser multidimensionais.

No diálogo entre Brasil e Sistema Interamericano, destaca-se a possibilidade do controle de convencionalidade, além do emprego dos critérios interpretativos e dos precedentes da Corte Interamericana por parte de autoridades internas. Os atores internos são, ao fim e ao cabo, igualmente responsáveis pela construção de um *ius commune* latino-americano.

Contudo, na prática, alguns desafios foram verificados, dentre os quais se destacam: a) um sistema hermeticamente fechado e que faz uso de sua soberania estatal para refutar entendimentos internacionais e latino-americanos; b) a interpretação do STF conferida à hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil; c) o completo desconhecimento e a ignorância dos operadores do direito sobre o direito internacional dos direitos humanos; d) o uso decorativo de decisões estrangeiras; e) a ausência de respeito aos precedentes no âmbito interno.

Optou-se, neste trabalho, por direcionar o foco ao último desafio. Nesse sentido, enquanto a Corte Interamericana decide com base em precedentes, fazendo referências constantes a suas próprias decisões prévias, o Poder Judiciário brasileiro é composto de juristas que formulam novas

teorias, muitas vezes de forma arbitrária, sem a menor preocupação com o sistema em que estão inseridos, gerando insegurança jurídica e reafirmando uma desconsideração de decisões internacionais e um desrespeito aos próprios direitos humanos.

A obrigatoriedade de fundamentação adequada pautada na integridade e coerência do direito gera estabilidade e segurança jurídica, com destaque especial no âmbito dos direitos humanos. Isso porque a isonomia com que os indivíduos merecem ser tratados é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito.

Uma decisão judicial não pode ser tomada de forma isolada e isso implica afirmar respeito aos precedentes. É partindo das noções de integridade e coerência Dworkinianas, que o conceito de precedente defendido nesta pesquisa está ligado a decisões que possuem a pretensão de universalidade, as quais deverão ser observadas quando os mesmos pontos surgirem novamente em juízo. Valoriza-se o romance em cadeia de Dworkin (*chain novel*), sendo que cada novo autor de um novo capítulo precisa, necessariamente, observar aquilo que foi previamente escrito. Isso porque se “está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro”⁴¹⁷.

Essa leitura pautada na integridade do direito permite falar em *stare decisis*, que tem relação com a vinculação obrigatória a precedentes, cuja função se volta à obtenção de uniformidade jurídica, prezando pela coerência tanto na interpretação de dispositivos legais, quanto nas práticas interpretativas, possibilitando a aplicação igualitária do direito.

Esse *stare decisis* se expande a nível interamericano, haja vista fenômeno denominado *coisa interpretada*, próprio da jurisprudência da Corte Interamericana, a qual impõe às jurisdições domésticas a observância da *ratio decidendi* de suas decisões, ainda que o Estado não seja parte no processo internacional. Essa lógica tem fundamento na transcendência com que decide a Corte, ou seja, tem relação com a forma com que essas decisões integram a vida jurídica, política e social do continente como um todo.

O tema da justiça de transição permitiu comprovar a hipótese de que a fundamentação exaustiva, marcada pela preocupação tanto em relação ao

⁴¹⁷ DWORKIN Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 236.

passado quanto com vistas ao futuro, é algo característico da Corte Interamericana. O mesmo tema possibilitou a comprovação de que, no Brasil, verifica-se a possibilidade das mais diversas decisões no que tange à perseguição criminal de agentes da ditadura, o que demonstra a falta de integridade.

A ausência de respeito ao sistema de precedentes compreende, portanto, não apenas o âmbito nacional, mas também as decisões internacionais. Apesar dos novos dispositivos legislativos que direcionam o ordenamento jurídico brasileiro à doutrina dos precedentes, a exemplo do artigo 926 do CPC, que demanda dos operadores do direito a necessidade de se observar a coerência e a integridade do sistema, a cultura jurídica ainda se mostra resistente a essa prática.

Partindo da premissa dialógica que nesta pesquisa se adota, vale dizer, do reconhecimento da diversidade e da tolerância, por meio da reciprocidade, não se cogitando a reivindicação de uma autoridade ou de uma última palavra, mas sim de determinados métodos para que o diálogo ocorra, o *stare decisis* interamericano não reclama imposição (*enforcement*). Isso implica dizer que o *stare decisis* interamericano é uma modalidade de *stare decisis* atípica: não decorre de uma estrutura hierárquica, mas sim do princípio da subsidiariedade e do respeito à norma⁴¹⁸ mais favorável ao indivíduo, valorizando o modelo coevolutivo⁴¹⁹.

Explica-se: a Corte Interamericana, ainda que seja a única responsável pelo controle de convencionalidade concentrado, tida como a última intérprete da Convenção Americana, não é a única intérprete desse instrumento. Os atores internos são também atores interamericanos, uma vez que a eles cabe a responsabilidade cotidiana de harmonizar a legislação nacional em relação aos parâmetros interamericanos, consolidando o *corpus juris* interamericano. O que a Corte quer, ao fim e ao cabo, é estabelecer parâmetros suficientes que permitam, inclusive, os diálogos horizontais recíprocos entre os ordenamentos latino-americanos.

⁴¹⁸ A norma engloba tanto o texto propriamente dito quanto a interpretação que dele advém, seja esta hermenêutica realizada pelos tribunais internacionais ou nacionais.

⁴¹⁹ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 332.

Em meio aos atores internos e internacionais, figuram os reais interessados de todo esse processo: os indivíduos que se sentem violados e aqueles que falam, muitas vezes, em nome desses indivíduos. Esses sujeitos de direito não são sujeitos abstratos; ao revés, são sujeitos localizados e encarnados⁴²⁰ e é a eles direcionado o princípio *pro persona*.

Desse modo, os diálogos precisam, impreterivelmente, servir para ampliar a inclusão dos grupos minoritários, que não possuem vez nem voz nas democracias ainda em consolidação, como é o caso da democracia brasileira. Preconiza-se, nesse ponto, o modelo argumentativo de diálogo, que não decorre de instituições pré-definidas e comuns, mas sim do melhor interesse às partes no processo, com destaque às partes vulnerabilizadas⁴²¹.

O respeito aos precedentes faz sentido numa sociedade (nacional, regional ou global) pautada na coerência e na integridade que se voltam aos indivíduos que merecem ser tratados com igual respeito e consideração. Esse tratamento não permite a mudança repentina sem a devida fundamentação, nem as justificativas inócuas, tampouco a desconsideração absoluta da normativa e da jurisprudência internacional.

O *stare decisis* interamericano só encontrará vigência plena por meio da atuação de todos. Reitera-se: não está a se falar em uma subordinação à autoridade da Corte Interamericana, mas sim numa necessidade de observância de *standards* mínimos à proteção dos direitos humanos dos sujeitos latino-americanos. Quem sabe a partir do momento em que aqueles que decidem se derem conta de que decidem para o outro e que estão inseridos num sistema, o que equivale no reconhecimento de uma responsabilidade ainda maior que vai além dos casos concretos, aí poderemos começar a cogitar efeitos reais da igualdade entre sujeitos. Afinal, todo juiz é também juiz interamericano, assim como todo sujeito (de direito) é também sujeito interamericano.

⁴²⁰ Expressões emprestadas da conferência de abertura ministrada por Betânia de Albuquerque Assy no “III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política”, em Curitiba, em 24 de outubro de 2017.

⁴²¹ Palestra ministrada por Melina Girardi Fachin no “III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política”, em Curitiba, em 26 de outubro de 2017.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Carlos Alberto Dunshee de. **Proteção internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALLARD, Jullie; GARAPON, Antonie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**. Lisboa: Editora do Instituto Piaget, 2005.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. **El Estado Abierto Como Objetivo del Ius Constitucionale Commune**: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 01 set. 2017.

AREDNT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARGENTINA. **Constituição da Argentina**. Art. 75, inciso 22. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>>. Acesso em: 28 set. 2017.

BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **“Aqui, lá e em todo lugar”**: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais, 2012.

BAZÁN, Victor. Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera. (Coord). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos**: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. México: Tirant lo Blanch, 2013.

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/46810/sistema_interamericano_direitos_bernardes.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

BINGHAM, Tom. **The Rule of Law**. London: Penguin Books, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLÍVIA. **Constituição da Bolívia**. Arts. 13, inciso IV e 256. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. **Código de Processo Civil**. Brasil, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 dez. 2008. DJ 05 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 511.961-SP, Recorrente: Ministério Público Federal e outro, Recorrido: União e outro. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 jun. 2009. DJ 12 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ext. 974. Requerente: Governo da Argentina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 06 ago. 2009. DJ 03 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153-DF, Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Arguido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 abr. 2010. DJ 05 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ext. 1362-DF. Requerente: Governo da Argentina. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Brasília, 09 nov. 2016. DJ 04 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. CNJ guardará jurisprudência da Corte IDH em língua portuguesa. **Notícias STF**, Brasília, 05 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313561>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

Brasil de Fato. **Brasil está entre 10 países mais desiguais do mundo, aponta PNUD.** Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/03/21/brasil-esta-entre-10-paises-mais-desiguais-do-mundo-aponta-pnud/>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. São José da Costa Rica, 1996. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. O legado da declaração universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Claudia (orgs.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1998.

_____. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera. (Coord). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013.

CARPIZO, Jorge. **Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina**. México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

_____. El Contenido Material de la Democracia: tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CAVALLARO, J.L.; SCHAFFER, E.J. Less as More: rethinking supranational litigation of economic and social rights in the Americas. **Hastings Law Journal**, v. 56, 2004, p. 220-221. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1407763>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Emergencia y Consolidación de un Derecho Americano de los Derechos Humanos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CEPAL. **Panorama Social da América Latina 2016**. Disponível em <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41738/1/S1700509_pt.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

CHILE. **Constituição do Chile**. Art. 5º. Disponível em: <https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, 2012.

COLÔMBIA. **Constituição da Colômbia**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>> . Acesso em: 26 set. 2017.

_____. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-406 de 1996.

_____. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-010 de 2000.

_____. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-141 de 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 51, n. 18, 2004.

CONCI, Luiz Guilherme. **Por que os juízes devem dialogar com outros juízes estrangeiros ou internacionais?** Disponível em: <<http://justificando.com/2016/01/27/por-que-os-juizes-devem-dialogar-com-outros-juizes-estrangeiros-ou-internacionais/>> Acesso em: 23 jul. 2017.

CONJUR. **Fachin sugere diálogo entre tratados internacionais e leis brasileiras**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-13/fachin-sugere-dialogo-entre-tratado-internacional-lei-brasileira>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, nº 4.

_____. **Caso Barrios Altos vs. Peru.** Sentença de 14 de março de 2001. Série C, nº 75.

_____. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.** Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, nº 101. Voto do juiz Sergio García Ramírez.

_____. **Caso Almonacid Arrelano e outros vs. Chile.** Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154.

_____. **Caso Aguado Alfaro e outros vs. Peru.** Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, nº 158. Voto do juiz Sergio García Ramírez.

_____. **Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador.** Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C, nº 171. Voto do juiz Sergio García Ramírez.

_____. **Caso Aguado Afaro e outros vs. Peru.** Sentença de 30 de novembro de 2007. Série C, nº 174. Voto do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

_____. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil.** Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219.

_____. **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México.** Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C, nº 220. Voto do juiz Eduardo Ferrer MacGregor.

_____. **Caso Gelman vs. Uruguai.** Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, nº 221.

_____. **Caso Gelman vs. Uruguai.** Supervisão de Cumprimento de Sentença de 20 de março de 2013.

_____. **Opinião Consultiva nº 5 de 1985.**

CUNHA, José Ricardo. **Direitos humanos, poder judiciário e sociedade.** Rio de Janeiro: FGV, 2011.

DAVIDSON, Scott. **The Inter-American Court of Human Rights**. Dartmouth, 1992.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre (org.). **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 1997.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: Oxford University, 1984.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EQUADOR. **Constituição do Equador**. Arts. 416 e 424. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do controle de convencionalidade do Sistema Interamericano de

Direitos Humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade**. Curitiba: Juruá, v. 3, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Tradução Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. The universal natural of human rights: the Brazilian stance within Latin America's human rights scenario. In: ARNOLD, Rainer. **The universalism of human right, ius gentium: comparative perspectives on law and justice**. Springer, 2013.

_____. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

FREEDOM HOUSE. **Worst of the Worst 2012**: the world's most repressive societies. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/special-reports/worst-worst-2012-worlds-most-repressive-societies>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

_____. **Anxious Dictators, Wavering Democracies**: Global Freedom under Pressure. Disponível em: <https://freedomhouse.org/sites/default/files/FH_FITW_Report_2016.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2017.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira; URUEÑA, René, PÉREZ, Aida Torres. (Coord.). **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Manual. Rede de Direitos Humanos e Educação Superior, 2014.

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **Coleção para entender:** a proteção internacional dos direitos humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa.** Curitiba: Juruá, 2011.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

HABERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia. In: **La inclusión del otro:** estudios de teoría política. Barcelona: Paidós, 1999.

IBARRA, Alícia Bárcena; BYANYIMA, Winnie. **América Latina é a região mais desigual do mundo.** Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/dialogosdosul/america-latina-e-a-regiao-mais-desigual-do-mundo/17032017/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. **Transnational Governance and Constitucionalism.** Portland: Hart Publishing, 2004.

KANT, Immanuel. **Perpetual peace,** Kant Political writings. Cambridge: University Press, 1996.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e Direitos Humanos.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Seqüência**, nº 56, 2008.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.

_____. **Rhetoric and Rule of law**: a theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 49, 2009.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). **Controle de Convencionalidade**: um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade brasileiro**. In: Revista de informação legislativa, v. 46, n. 181, 2009.

_____. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora RT, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**, 01-02-2010.

MENKE, Christoph; POLLMAN, Arnd. **Filosofia de los derechos humanos**. Tradução: Remei Capdevila Wernin. Barcelona: Herder, 2010.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Responsabilização e Ditadura. In: CARVALHO, Claudia Paiva; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia. **Justiça de Transição na América Latina: panorama 2015**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. A Democracia em Face da Exclusão Social. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. Rule of Law, human rights, democracy and participation: some elements of a normative concept. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

Nações Unidas no Brasil. **CEPAL: Pobreza teria aumentado na América Latina, atingindo 175 milhões de pessoas em 2015**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cepal-pobreza-teria-aumentado-na-america-latina-atingindo-175-milhoes-de-pessoas-em-2015/>>. Acesso em: 25 set. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Antônio Castanheira. **O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra, 1983.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica**: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

_____. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Tradução: Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

NOHLEN, Dieter. Jurisdicción Constitucional y Consolidación de la Democracia. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

NOLLKAEMPER, André. **Domestic Courts and the Rule of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1996.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, vol. 199, set. 2011.

ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

ONU. **Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de Dezembro de 2000, intitulada “Promoção e Consolidação da Democracia” (A/RES/55/96)**. Disponível em: <<http://undocs.org/en/A/RES/55/96>>. Acesso em: 29 out. 2017.

Parecer MPF, 28 de agosto de 2014, p. 50. ADPF 320-DF, em trâmite perante o STF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Luiz Fux.

Parceria entre Anamatra e Secretaria de Direitos Humanos capacitará magistrados para o controle de convencionalidade das leis. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25534-parceria-entre-anamatra-e-secretaria-de-direitos-humanos-capacitara-magistrados-para-o-controle-de-convencionalidade-das-leis>>. Acesso em: 29 set. 2017.

PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of Inter-American Court of Human Rights**. University of South Dakota, School of Law, Second Edition, 2013.

PERU **Constituição do Peru**. Quarta disposição final e transitória. Disponível em: https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf. Acesso em: 28 set. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Direitos Sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v.1, n.1, 2004.

_____. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC nº 19 – jan/jun. 2012.

_____. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

_____. Controle de Convencionalidade, Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira.

(Org). **Controle de Convencionalidade:** um panorama latino-americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. **Temas de Direitos Humanos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). ***Ius Constitutionle Commune na América Latina.*** Vol. I. Curitiba: Juruá, 2016.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias; GOMES, Evandro Pereira Guimarães Ferreira; VAL, Eduardo Manuel. **Corte Interamericana de Direitos Humanos e os tribunais brasileiros no controle difuso de convencionalidade:** o reconhecimento e cumprimento das decisões internacionais no Brasil. 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito. Niterói: PPGSD-UFF, n.5, v. 20.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos:** análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Direitos humanos na integração econômica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012.

_____. **Pluralidade das Ordens Jurídicas:** a relação do direito brasileiro com o direito internacional. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RECONDO, Felipe. **JOTA entrevista o novo presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://jota.info/especiais/jota-entrevista-o-novo-presidente-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-14022016>>. Acesso em: 28 set. 2017.

_____. **Aécio Neves, o Supremo e o poder da última palavra.** Disponível em: <<https://jota.info/especiais/aecio-neves-o-supremo-e-o-poder-da-ultima-palavra-11102017>>. Acesso em: 14 out. 2017.

RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Sistema Interamericano de Direitos Humanos e Controle de Convencionalidade no Brasil. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, v. 7, Curitiba: PGE, 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013;

SARLET, Ingo Wolfgang. A Assim Designada Proibição de Retrocesso Social e a Construção de um Direito Constitucional Comum Latino-Americano. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** : Vol. 77, n. 4 (out./dez. 2011).

_____. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. O Sistema Constitucional Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Vírgilo Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **The typology of transjudicial communication**. University of Richmond Law Review, 1994.

_____. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STEINER, Henry J; ALSTON, Philip. **International human rights in context**, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMUSCHAT, Christian. Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberanía en las instituciones de la integración regional? In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

United Nations Development Programme. **Human Development Report 2016**. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016_human_development_report.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

UPRIMNY, Rodrigo. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, vol. 4, n. 6, São Paulo, 2007.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: **A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Ministério da Justiça, Comissão de Anistia. Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e Constituição Republicana. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015.